

123



DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Miguel Pérez López (compilador)

Derecho procesal administrativo

217328

C.B. 2892583

Derecho procesal administrativo

Miguel Pérez López (compilador)



2892583



UAM
KJ0765
04.7

UAM-AZCAPOTZALCO

RECTORA

Mtra. Mónica de la Garza Malo

SECRETARIO

Lic. Guillermo Ejea Mendoza

COORDINADOR DE EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Lic. Enrique López Aguilar

JEFA DE LA SECCIÓN DE PRODUCCIÓN Y DISTRIBUCIÓN EDITORIALES

Lic. Silvia Aboytes Perete

ISBN 970-654-506-9

3a. reimpresión, 1999

© UAM-AZCAPOTZALCO

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Miguel Pérez López (compilador)

FORMACIÓN Y CUIDADO DE LA EDICIÓN

Marisela Juárez Capistrán

PORTADA

Hugo Adrián Abrego García

Universidad Autónoma Metropolitana

Unidad Azcapotzalco

Av. San Pablo 180

Col. Reynosa Tamaulipas

Delegación Azcapotzalco

C.P. 02200

México, D.F.

Tel. 57-24-44-22 ó 23 Fax 57-24-44-22

Impreso en México

INDICE

Presentación	11	11. Recursos administrativos. Alfonso Nava Negrete	145
1. Examen de las diversas situaciones del particular frente a la administración. Antonio Carrillo Flores	17	12. Código Federal Administrativo y Tribunal Federal Administrativo. Fauzi Hamdam Amad	167
2. Modelos Europeos de Ombudsman. Ronald C. Rowat	27	13. Concepto de Derecho Procesal Administrativo. Jesús González Pérez	175
3. Disposiciones de la Constitución española relativas al Defensor del Pueblo	47	14. Concepto y Categorías de la Jurisdicción Administrativa. Héctor Fix-Zamudio	181
4. Ley Orgánica del Defensor del Pueblo	51	15. El fin de un paradigma: el Consejo de Estado. Eduardo García de Enterría	189
5. Responsabilidad pública: presupuesto del derecho subjetivo. José Roberto Dromi	63	16. Consideraciones generales sobre el problema de la Justicia Administrativa. Andrés Serra Rojas	205
6. La responsabilidad patrimonial de la administración: fundamento y tendencias actuales. Tomás Ramón Fernández	73	17. El contencioso administrativo. Humberto Briseño Sierra	215
7. El problema de la reparación patrimonial al particular. Antonio Carrillo Flores	85	18. El control jurisdiccional administrativo de la legalidad y de la facultad discrecional. Alfonso Cortina Gutiérrez	243
8. Responsabilidad civil del Estado Federal Gabriel Ortiz Reyes	97	19. Evolución histórica de la jurisdicción administrativa en México. Gonzalo Armienta Calderón	253
9. Leyes del Procedimiento Administrativo Héctor Fix-Zamudio	119	20. Exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal	293
10. Principios del Procedimiento Administrativo. Allan R. Brewer-Carías	127		

21. Avances y perspectivas de las Reformas Constitucionales de 1987 en el plano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. José Pastor Suárez Turnbull	303
22. La competencia del Tribunal de lo contencioso administrativo del Distrito Federal. Armando Vázquez Galván y Agustín García Silva	317
23. La suspensión del acto impugnado en el Tribunal de lo Contencioso administrativo del Distrito Federal. Armando Vázquez Galván y Agustín García Silva	339
24. Fisonomía del amparo en materia adminis- trativa. Felipe Tena Ramírez	351
Bibliografía	365

Presentación

En las formulaciones teóricas del estado de derecho se han fincado los medios que hacen efectivo el apego de la actividad de la administración pública a la legalidad, en especial cuando se afectan los intereses de los particulares. Estamos entonces en los terrenos de la Justicia Administrativa. En este ámbito, es dogma la actuación de la autoridad, en ejercicio de la potestad pública, debe quedar sometida a la forma -principio de legalidad- y dirigida a cumplir con un imperativo de justicia inherente a la ordenación social.

Las controversias entre la administración pública y los particulares -las cuestiones administrativas- implican una doble problemática: por una lado jurídica, en el sentido de que la complejidad desmesurada de la normatividad administrativa, la aplicación del principio de estricto derecho y la limitación de la jurisdicción administrativa de ser un mero y reducido control de la legalidad, hacen de la Justicia Administrativa, un sector de conocimientos destinado al análisis dogmático y exegético, sin considerar el otro problema, el de naturaleza política, en el cual la cotidiana tarea de ejercer el poder aprovecha imprecisiones y olvidos constituyentes y legislativos, formula tortuosas interpretaciones de los textos jurídicos y provoca oraciones

en el sistema legal para imponer la voluntad del gobernante sobre el gobernado.

Los gobernados, en nuestra materia conocidos como administrados, tienen medios de defensa contra la arbitrariedad administrativa, aun cuando tenga objetivos indudablemente de beneficio social. La naturaleza dinámica de la norma administrativa y la flexibilidad de su aplicación por las autoridades administrativas (acrecentada con la facultad discrecional) convierten al acto administrativo en la manifestación inmediata de la autoridad estatal para los gobernados, a quienes se les otorga un conglomerado de derechos de defensa para hacerlos valer mediante instancias, que les permite impugnar la actuación administrativa.

Sin embargo, el particular, para acceder a la Justicia Administrativa, debe satisfacer una serie de formalidades y tener un conocimiento del sistema defensa, plagado de dificultades técnicas limitadoras de sus posibilidades para hacer valer sus legítimos derechos.

La Justicia Administrativa no se puede considerar como parte de alguna de las grandes y consagradas ramas del derecho público (administrativo, fiscal y procesal), pero es su indiscutible deudora, pues de esas ramificaciones se han elaborado las construcciones doctrinales que la nutren.

Porque la Justicia Administrativa no se reduce al conocimiento de los recursos administrativos y de la jurisdicción administrativa. Como disciplina jurídica está por desarrollarse, aunque ya se están dando los pasos para destacarla en los estudios jurídicos. Trata de forjar su propia sistemática, a partir del establecimiento metódico y ordenado de sus temas, siempre considerando una *summa diviso*. La

gran división de la Justicia Administrativa, podemos establecerla con el deslinde de dos campos vinculados y de estudio sucesivo uno del otro: en primer término, estarían los medios auxiliares a la jurisdicción administrativa y en segundo término el estudio de la jurisdicción administrativa. Esta división fue anunciada de manera sistemática en nuestro país por el maestro Fix-Zamudio.¹ Es a partir de la clásica de Antonio Carrillo Flores², como se empezó a tratar la problemática de la defensa de los particulares con un enfoque menos cargado a lo estrictamente procesal, los cuales consideran a la sobrecarga de trabajo de los tribunales administrativos y al abuso de interponer el juicio de amparo para resolver cuestiones de legalidad administrativa, como las causas motivadoras del establecimiento de medios jurídicos, capaces de solucionar el conflicto administrativo de manera pronta y expedita, sin necesidad de acudir a la jurisdicción, pues la complejidad de la preparación de la acción procesal y la aplicación de criterios de estricto derecho hacen nugatoria cualquier garantía de justicia a los administrados.

La temática de los medios auxiliares a la jurisdicción administrativa comprendería de una manera enunciativa a:

1. El *ombudsman* o defensor de los derechos humanos
2. La responsabilidad patrimonial del Estado, en particular la generada por la administración pública

1 Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano. México, El colegio Nacional, 1981.

2 La primera edición de la obra se titulaba **La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México**, México, Editorial Porrúa, 1939. La segunda edición es de 1973, en la misma editorial.

3. Las leyes del procedimiento administrativo y los recursos administrativos

4. Las leyes para el control de la informática

En cuanto al segundo campo, éste comprendería propiamente lo que ha cultivado hasta hoy el Derecho Procesal Administrativo: concepto y categorías de la jurisdicción administrativa ésta en el derecho comparado y en el derecho nacional, con el correspondiente análisis dogmático de los elementos procesales (sujetos procesales, formalidades, procedimientos, demanda, contestación, ampliación de demanda, incidentes, objeciones, suspensión del acto impugnado, pruebas, alegatos, formas de terminación normal y anormal del proceso y medios de impugnación) en los textos legales aplicables al proceso administrativo, en donde resultan de gran aplicabilidad los conocimientos adquiridos en otras UEA de la licenciatura (v.gr. Teoría general del Proceso y Amparos I y II).

Respecto a esto último, es necesario tener presente que el contencioso administrativo mexicano es un desprendimiento particularizado del juicio de amparo indirecto tramitado ante el Juez de Distrito, pues dichos procesos comparten categorías institucionales y formas procedimentales. Es posible afirmar que el dominio del Amparo es requisito indispensable para acceder al estudio del Derecho Procesal Administrativo. Existen elementos lógicos, jurídicos e históricos que justifican esta relación de orden consecutivo en el estudio del Derecho Procesal Administrativo³.

3 Cfr. Miguel Pérez López, **La enseñanza de justicia administrativa en México, en Alegatos**, No. 21 mayo-agosto de 1992, México, UAM-Azcapotzalco, pp. 49-58.

Además, resulta indispensable tratar de explicar las instituciones procesales con su aplicación práctica, sin dejar de considerar que en la jurisdicción administrativa mexicana es favorable, en un grado extremo, a la administración pública, invocando la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares, además que en dicho sistema la formalidad escrita resulta preponderante, con el imperio del principio de estricto derecho.

Los materiales bibliográficos y legislativos que integran la presente compilación responden a lo antes expuesto y siguen esa línea secuencial, los cuales provienen de fuentes agotadas en el mercado o de difícil acceso para el alumno, por lo que se trató de subsanar esa carencia a fin de poder cumplir con los objetivos de la Unidad de Enseñanza-Aprendizaje, Derecho Procesal Administrativo.

1. Examen de las diversas situaciones del particular frente a la administración

Antonio Carrillo Flores

EXAMEN DE LAS DIVERSAS POSIBLES SITUACIONES DEL PARTICULAR FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN—LA OPOSICIÓN DE INTERESES—INTERESES SIN PROTECCIÓN JURÍDICA—INTERESES PROTEGIDOS—DERECHOS SUBJETIVOS—EL DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO—EL PODER DISCRECIONAL Y LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES.

En la obra que constituye sin duda el mejor esfuerzo realizado en México en el siglo anterior para estudiar los problemas de la Administración Pública, don Teodosio Lares definía a ésta (en cuanto Administración activa) como la función del Estado en que se plantean interferencias con los intereses individuales. Partiendo de este concepto dicho jurista hizo el primer desarrollo sistemático que se halla en nuestra literatura sobre los temas que abordaremos y que se refieren precisamente a eso: a la interferencia entre la actividad estatal y los intereses particulares; ya no mirada, como en el capítulo anterior, desde un plano más bien político, sino en un terreno estrictamente jurídico.

Lógicamente no se pueden concebir sino tres posiciones para el interés privado frente a la actividad estatal, que por hipótesis debemos presumir que está guiada por el interés público. Esta última afirmación puede ser negada políticamente, pero en derecho es un supuesto del cual nunca puede uno desprenderse: la Administración Pública, en tanto no quebranta la norma jurídica, busca la tutela del interés general. Esas tres diversas posiciones son: a) una total independencia entre el interés privado y el interés estatal, porque se esté en una de las zonas que los juristas europeos definen como las jurídicamente indiferentes, que son aquellas en que no se dan conflictos de interés económico

de un sujeto con otro sujeto; b) la coincidencia del interés privado y del interés estatal y c) la oposición de uno y otro.

No podríamos seguir abordando el tema sin detenernos un momento a fijar nuestros conceptos sobre lo que llamamos un interés. Kelsen ha dicho con razón que el concepto "interés" no es jurídico. Carnelutti, por su parte, sostiene "que es la noción fundamental para el estudio del derecho". Ambos autores están en lo justo. Por los elementos que lo integran, sería erróneo pretender que se trate de un concepto elaborado con datos jurídicos, pues como en seguida se indica, el "interés" se apoya siempre en situaciones reales, en hechos sujetos a regulación jurídica en ciertos casos, pero cuya objetividad no depende de su reconocimiento legal. Inclusive hay intereses contrarios al derecho. A pesar de ello, como la materia toda del derecho la constituyen los conflictos de intereses entre los hombres; como el derecho no se ocupa de otra cosa que de "la delimitación de intereses", para emplear la fórmula de Korkounov, el concepto de que hablamos, sin ser jurídico, es un supuesto imprescindible para todo lo jurídico.

En el siglo anterior, en su obra *El Sistema de los Derechos Públicos Subjetivos*, Jellinek definió el interés en esta forma: "todo aquello que objetivamente es un bien, es decir, una cosa apta para realizar algunos de los fines humanos, es subjetivamente un interés". Carnelutti ha dado una mayor objetividad a este concepto y lo define como "una situación favorable para la satisfacción de una necesidad". Toda necesidad forzosamente tiene que referirse a un hombre. Parece pues que los intereses todos debieran ser intereses individuales. No ocurre así sin embargo: hay intereses en los que si bien el destinatario final es una persona humana, no es posible concebir la situación favorable para la relativa necesidad, sino en función de muchas personas; aparece entonces el concepto del interés colectivo. El interés colectivo, dice Carnelutti, existe "cuando la situación favorable a cada uno para la satisfacción de una sola necesidad no puede determinarse sino en conjunto con otras idénticas situaciones favorables de los otros miembros de cierto grupo".

Con la tesis de Carnelutti —de una mayor objetividad como queda apuntado— queda destruida una de las objeciones de Kelsen a la elaboración de Jellinek; aquella que el antiguo profesor

de Viena formulaba de esta manera: si se basa la noción del derecho subjetivo sobre la apreciación subjetiva de lo que sea un bien, no habrá seguridad nunca para tomar tal o cual situación como un interés, supuesto que la apreciación individual puede ser caprichosa. Carnelutti no toma en cuenta la apreciación individual del sujeto sino sólo el hecho objetivo de que la situación sea favorable para la satisfacción de una necesidad. Por esto la fórmula de Carnelutti mejora la propuesta por Jellinek.

Precisada la connotación del término "interés", es oportuno volver a aquellas dos posiciones que dejábamos abandonadas. Es posible o que la situación favorable para la satisfacción de una necesidad individual coincida con la situación que el Estado ha estimado favorable para la satisfacción en conjunto de una serie de necesidades individuales (que esto veíamos que es el interés colectivo) y entonces hay una coincidencia entre el interés individual y el interés colectivo, o la situación favorable para la satisfacción de una necesidad individual es incompatible con la situación que el Estado ha considerado favorable para la satisfacción de la serie de necesidades individuales que él debe tomar en cuenta, y así surge la oposición de intereses.

Cuando hay coincidencia de intereses, cuando el particular marcha de acuerdo con el Estado, no hay problema que importe para un estudio jurídico. Nace el problema jurídico cuando hay necesidad de delimitar intereses que pueden hallarse en pugna. Es fácil advertir, en efecto, cómo aún en las construcciones del tipo del "acto unión", tomada por Duguit de la literatura germánica para referirse a las emisiones plurilaterales de voluntad encaminadas a situar a los titulares de esas voluntades en situaciones relativamente complementarias una de la otra, y que no implican por lo mismo un conflicto actual de intereses —como el ejemplo típico del matrimonio— la regulación jurídica tiende por un lado, a delimitar con precisión las posiciones de las partes con la mira de evitar conflictos ulteriores o a dar las bases para la decisión de las controversias cuando éstas surjan por el acontecer de hechos posteriores a la emisión de las voluntades o por el descubrimiento de otros que las partes se ocultaron entre sí.

Dentro de los casos de oposición de intereses es indispensable introducir nuevas distinciones. No todas las situaciones de opo-

sión de intereses son idénticas desde el punto de vista jurídico. Hay desde luego aquellas que don Teodosio Lares caracterizó indicando que suponen un interés pero no un derecho. La exposición de don Teodosio Lares no es ciertamente perfecta mirada a la luz de las sistematizaciones que han logrado los juristas europeos contemporáneos. Pero él ya advirtió este hecho: hay ocasiones en que aun cuando el particular tiene un interés, le está negado en lo absoluto un derecho, porque la situación favorable que disputa al Estado no admite tutela jurídica. Lares ofrece varios ejemplos, entre ellos éste: los propietarios de predios que colindan con una plazuela elegida por el Estado para llevar a cabo la ejecución de los delincuentes, sufren una manifiesta lesión en sus intereses. Es indudable que nadie —así se pensaba al menos en 1852— querrá habitar estas casas y que tendrán que devolverse, pero de ahí no puede derivarse el derecho de los propietarios a que se cambie el lugar de las ejecuciones.

En la doctrina actual estos casos quedan comprendidos en lo que se llama los "intereses simples". Hay situaciones en que el particular recibe un beneficio si el Estado adopta una conducta coincidente con sus intereses. Si por el contrario el Estado sigue un camino opuesto con sus intereses, el particular sufre un perjuicio, pero no puede hacer reclamación alguna. Es el caso del padre de familia que ve que la Secretaría de Educación Pública instala un colegio en la casa contigua a la que él habita y se complace en que sus hijos puedan ir a ella sin riesgo alguno; obtiene un beneficio indudable en sus intereses, mas no podrá reclamar cuando el Estado cambie la ubicación de la escuela. El no tiene ningún derecho a pedir que haya un colegio junto a su casa sólo para que sus hijos no sufran los peligros que los demás niños corren al tener que atravesar las avenidas. *Damnum absque injuria*.

Estos intereses no tienen protección jurídica posible. Hablamos, claro está, de una protección directa y particular, y no de la que, como "reflejo" de una situación general —para emplear una expresión de Ihering y Jellinek— pueden disfrutar en algunos casos. El interés individual se sumerge entonces íntegramente en el interés colectivo y no hay manera de establecer para él, como lo ha puntualizado Zanobini, ninguna defensa especial. Y la ra-

zón es obvia: la defensa especial implica situación especial: cuando todos los intereses individuales en juego son indiferenciables para el Estado, ni esa situación ni esa defensa pueden existir. ¿Cómo, siguiendo el ejemplo propuesto, podría el Estado colocar en una posición preferente los intereses de un padre de familia respecto de los de todos los demás?

Las dudas para una correcta clasificación jurídica se inician tan pronto como es posible diferenciar los intereses de determinadas personas frente a los intereses de la colectividad. Parece que lo más sencillo sería hablar en todos esos casos de derechos subjetivos del particular, pero es sabido cómo el problema del derecho subjetivo está erizado de controversias y cómo resulta inadmisibles hablar de un derecho subjetivo cada vez que un interés individual es reconocido por la ley.

Hay dos corrientes generales: la que niega el concepto y la que lo afirma, si bien no puede hablarse ni de una sola doctrina negadora del derecho subjetivo ni de una concepción uniforme entre los sostenedores de la tesis positiva. Para orientarse en esas controversias hay que partir de los elementos que las diversas tendencias valoran, ya que la multiplicidad de opiniones principalmente deriva de dicha valoración. Son esos elementos: el del interés, ya examinado, y el de la voluntad; el primero generalmente se denomina "elemento material" y el segundo "elemento formal".

Duguit niega el derecho subjetivo con esta argumentación: los dos elementos —interés y voluntad— se reducen en realidad a uno, ya que para que un interés pueda prevalecer, se requiere una voluntad que lo defienda. Pero como todas las voluntades son iguales y establecer entre ellas diferencias o jerarquías implica una posición metafísica anticientífica, resulta que en el fondo toda doctrina sostenedora del derecho subjetivo es una doctrina metafísica. La tesis de Duguit ha perdido a estas horas casi todo su valor. Los mismos autores franceses que en muchos puntos han seguido las opiniones del antiguo profesor de Burdeos, están volviendo al concepto del derecho subjetivo, como lo revelan las recientes ediciones de la obra de Bonnard. Y es que las críticas de Duguit parten de un supuesto falso: no es cierto que la única manera de reconocer a una voluntad un poder determinado consista en atribuirle una supremacía integral, propia, sobre las vo-

limitados de quienes tienen el deber jurídico de respetar la pretensión del titular del derecho o de allanarse a ella. El poder de voluntad se atribuye solamente en la medida en que se funda en una norma de derecho objetivo detrás de la cual están la autoridad y el poder del Estado. En una posición realista —o mejor dicho positivista— como en la que Duguit quiere colocarse, reconocer poder a determinadas voluntades no exige, cuando este poder es un poder jurídico, sino aceptar que la autoridad del Estado es, a lo menos por la fuerza material que tiene a su disposición, superior a la de cualquiera de los miembros de la comunidad. Esto sin considerar que quien en realidad se sitúa en una posición indemostrable, metafísica, es Duguit al pretender que sean iguales todas las voluntades. Independientemente de todo problema jurídico es indudable que hay voluntades más poderosas que otras; pero esa es cuestión ajena al punto que estamos analizando.

Por motivos muy distintos Kelsen ha elaborado una noción del derecho subjetivo que propiamente es una noción negativa ya que rechaza las bases tradicionales de este concepto. Excedería con mucho a los propósitos de esta obra hacer una exposición completa del pensamiento de Kelsen sobre el punto. Ello requeriría una presentación previa de los datos fundamentales de toda la llamada doctrina pura del derecho, puesto que la tesis kelseniana sobre el derecho subjetivo no es sino una de las consecuencias particulares de un sistema general y unitario. Baste con decir que Kelsen, congruente con la intención de excluir del derecho todo elemento extraño a él, no normativo, y luego de buscar una articulación entre todas las nociones jurídicas que tenga como enlace su doctrina sobre la norma jurídica, por una parte excluye del concepto del derecho subjetivo los elementos tradicionales del interés y de la voluntad, y por la otra supera la antítesis del derecho objetivo y del derecho subjetivo, sumerge éste en aquél y afirma que cuando se habla del derecho subjetivo no se alude a ningún dato distinto de la norma jurídica, sino a esta misma norma en cuanto ha introducido como un supuesto para la intervención coactiva del órgano estatal la manifestación de una voluntad; pero no de una voluntad psicológica, sino de lo que Kelsen entiende como voluntad y que es también una noción ligada con

la norma jurídica: la forma de imputar —ligar— un hecho con una norma.

Por la razón apuntada de que el concepto de Kelsen sobre el derecho subjetivo no es sino una de tantas conclusiones vinculadas estrechamente con todo un sistema, la crítica de esa noción particular no puede hacerse aisladamente: deriva de la actitud general que se guarde frente a la llamada doctrina pura del derecho. Sin pretender por ahora hacer esa crítica, nos limitaremos a una afirmación relacionada con el tema del derecho subjetivo: la tesis de Kelsen no permite distinguir con claridad los casos en que la voluntad a la que el orden jurídico abandona la intervención coactiva sea la de un órgano del Estado en ejercicio de una competencia (verbi gratia del Ministerio Público cuando demanda la imposición de una pena), de aquellos otros en que no es un funcionario el que obra, sino un particular en defensa de su propio interés.

Parece pues que la posición mejor consiste en conservar la noción clásica, con las depuraciones y precisiones que en la doctrina contemporánea se le han hecho. Llamamos noción clásica a la que viene de Bernatzik y de Jellinek; la que ve en el derecho subjetivo un concepto mixto integrado por dos elementos: un elemento material que es el interés y un elemento formal, la voluntad, a la que el orden jurídico, el derecho objetivo, ha reconocido la potestad necesaria para hacer la defensa de ese interés.

Ninguno de los dos elementos constituye aisladamente un derecho subjetivo. De esta manera es posible pensar, como lo hace Carnelutti, en tres situaciones distintas: a) interés protegido, pero no por el poder reconocido a una voluntad particular, sino a la voluntad de un órgano del Estado; b) voluntad de un órgano del Estado no vinculada con ningún interés concreto de dicho órgano, y por último, c) voluntad vinculada con el interés, en el derecho subjetivo. La primera situación correspondería al llamado "interés protegido" y la segunda a la "competencia".

El concepto que Carnelutti da del interés protegido se separa del que los autores italianos especializados en el tema de lo contencioso administrativo han construido. Para éstos el interés protegido es un concepto que se liga más bien con esta idea: la situación en que se halla una persona, que no es titular de un derecho

subjetivo, cuando se ve lesionada de manera directa y actual en un interés propio por un acto de la Administración que ella puede impugnar. Esta misma situación ha sido considerada por la doctrina francesa —en particular por Berthelemy y por Bonnard— como constitutiva de un real derecho subjetivo. Y a juicio nuestro con justicia, ya que al otorgarse la facultad de impugnación, que no es sino una expresión de un poder especial de voluntad, y al exigirse el elemento material del interés, se han satisfecho las exigencias conceptuales del derecho subjetivo: así sea de aquellos que por tener como contenido la posibilidad de provocar una consecuencia jurídica —la anulación del acto— Chiovenda quiere que se llamen “derechos potestativos”.

Podría acaso argumentarse contra la doctrina francesa que antes de la emisión del acto ilegítimo o lesivo el particular no tiene derecho subjetivo alguno a hacer valer contra la Administración; pero no sería un razonamiento sólido. El que antes de producirse el hecho generador de la obligación no haya un derecho subjetivo, no autoriza a negarlo cuando ese hecho ocurrió ya. Acaso lo que acontece es que los juristas italianos han tenido que hacer frente a una dificultad de derecho positivo: su ley sobre lo contencioso-administrativo dispone que las controversias sobre “derechos subjetivos” corresponden a los tribunales civiles y “las otras” al Consejo de Estado. Se han visto pues obligados a negar el carácter de contiendas sobre “derechos subjetivos” a las mencionadas antes. Mas considerando el problema independientemente de las particularidades de la legislación italiana, parece que la solución correcta tiene que ser la afirmativa de la existencia de derechos cada vez que existe la posibilidad de impugnar en defensa de intereses propios.

Implícitamente se resuelve así una cuestión muy debatida: la de si tienen los particulares un derecho a la legalidad de los actos de la Administración Pública. La respuesta debe ser: si tienen ese derecho cuando conforme a las normas del derecho positivo están en la posibilidad de obtener, mediante un procedimiento cuya iniciación queda sujeta a su voluntad, la eliminación del acto ilegal, lesivo para sus intereses.¹

Logrado un criterio sobre el derecho subjetivo, es sencillo avanzar un paso más para precisar la noción, fundamental para nuestro intento, del derecho público subjetivo: aquel en que el sujeto **pasivo** de la relación, en la que como elemento activo interviene el derecho de un particular, es el Estado. Se puede llegar a una concepción aceptable del derecho público subjetivo indicando que existe cuando el derecho objetivo protege el interés de una persona jurídica particular frente al interés colectivo que el Estado representa, mediante el poder conferido a la voluntad **de aquella** persona o de la que conforme a la ley la sustituya, **para lograr** que el Estado emita un acto de tutela de aquel **interés**, o para obtener la eliminación del acto estatal ya emitido, incompatible con la situación favorable al titular del derecho. El dato para determinar cuándo el interés alcanza el rango de derecho es siempre la ley; a ésta toca decidir sin que contra ella valga jurídicamente ninguna consideración. En especial no tendrá trascendencia el valor o la importancia que uno quiera reconocer al interés en juego; pues ya antes se ha dicho que la noción del interés es, en rigor, una noción metajurídica que opera como un supuesto en la técnica del derecho, pero que es incapaz, sin el apoyo de la ley para fundar ninguna solución jurídica.

Hay todavía una situación que mucho importa definir: la que, desde el punto de vista de los intereses del particular ocurre cuando el orden jurídico otorga al órgano estatal lo que se conoce con el nombre de “poder discrecional”. Merkl define el poder discrecional como la posibilidad en que se encuentra el órgano estatal para hacer valer la voluntad propia en oposición a lo que ocurre cuando este poder discrecional falta, en que sólo se pone en movimiento la voluntad ajena de la ley. El mismo autor liga su concepto sobre el poder discrecional con su doctrina sobre el carácter jerárquico de todo el orden jurídico. Esto, en oposición a la teoría que considera que el poder discrecional es una nota distintiva de la Administración frente a la jurisdicción; para Merkl semejante idea es inexacta. El poder discrecional a su juicio es una consecuencia natural de que el derecho crezca mediante la elaboración de normas de jerarquía decreciente, supuesto que

discrecional de la administración. En sentido contrario, Ranieri, La garantía de la justicia en la administración pública.

¹ En este mismo sentido puede consultarse la obra de Bonnard *El control jurisdiccional*.

en el tránsito de una norma superior a una norma inferior, y salvo que la segunda, hipótesis absurda, se limite a reproducir a la primera, debe aquella introducir un elemento nuevo. En la elección de este nuevo elemento, cuando hay posibilidad de hacer valer la voluntad propia, radica el poder discrecional. Hay así discreción no sólo en lo administrativo sino en lo jurisdiccional y aun en lo legislativo.

Andrés Hauriou, criticando el pensamiento de Merkl, sostiene que la concepción de éste es incompleta, y que reducir el problema de la discreción administrativa a una cuestión de diferencia en la jerarquía de las normas, implica desconocer que cuando el poder discrecional se otorga a la Administración Pública cumple una misión especial y distinta: la de capacitarla para que asuma un papel directivo, activo, para una mejor satisfacción de las necesidades sociales.

Tanto la aportación de Merkl como la de Hauriou son valiosas y susceptibles de conciliación: mientras que el primero pone al descubierto con gran precisión la estructura formal del poder discrecional, el segundo subraya la razón de ser el mismo como una nota ciertamente no privativa de la Administración, pero sí característica de ella.

Conviene mencionar un tercer concepto sobre esta particularidad de la Administración para tener una noción más completa: el del norteamericano Freund. Para este profesor existe un poder discrecional cuando la autoridad está capacitada para obrar con fundamento en hechos cuya prueba o no es posible o no está obligada a suministrar. Este pensamiento de Freund explica el valor que para el Derecho Administrativo tienen algunas fórmulas que usa el derecho positivo. Cuando las leyes hablan de "bien-estar general, necesidades colectivas, conveniencia social, etc." condicionando a ellas determinada acción estatal, atribuyen un poder discrecional en cuanto que la autoridad o no puede o no está obligada a probar elementos o datos de esa generalidad.

¿Cuál es la situación de los particulares frente al poder discrecional de las autoridades administrativas? Debe aquí repetirse también que es punto éste que corresponde decidir al derecho positivo. Lo cual no impide clasificar las posibles soluciones en

grupos: o el particular conforme al derecho positivo no tiene defensa alguna frente al ejercicio de la facultad discrecional, y entonces no debe hablarse de un derecho, o de acuerdo con las leyes tiene a su disposición medios para atacar el ejercicio del poder discrecional mediante la intervención del juicio de un órgano diverso del que obró antes.

Merkl pretende que cuando la segunda situación ocurre, el poder discrecional ha pasado simplemente de la primera autoridad a la que ejercita el control. Pensamos que esta afirmación es exagerada, pues por más amplia que sea la facultad de control que se dé a la segunda autoridad, ésta se encontrará frente a una situación ya planteada en una forma en que en la normalidad de los casos, y particularmente por razones procesales cuando el control sea jurisdiccional, no podrá introducir nuevos elementos ni, consiguientemente será libre para emitir un acto de voluntad desvinculado totalmente de la decisión primera o de la pretensión del impugnador. Por eso creemos que más bien debe hablarse de límites jurídicos al poder discrecional que de sustitución en el titular del ejercicio de dicho poder.

Dos son las manifestaciones más importantes a nuestro modo de ver de este método de limitación jurídica al poder discrecional: la que en la doctrina europea constituye el desvío de poder —concepto que fijaremos en algún capítulo posterior— y la que en el derecho norteamericano, particularmente en la jurisprudencia de la Suprema Corte, representa el "debido proceso legal" —institución que también estudiaremos— cuando opera como garantía sustancial y no de procedimiento. A través de ambas instituciones jurídicas, las dos de origen jurisprudencial, los tribunales administrativos europeos o la Suprema Corte Norteamericana ejercitan un verdadero control jurídico sobre el poder discrecional, y en la medida en que ese control es provocado por el particular, en beneficio de un interés directo del que sea titular, mediante una manifestación de voluntad, puede sostenerse que hay un real derecho subjetivo, si bien de eficacia menor que el que existe cuando la obligación jurídica del órgano del Estado, está precisada con todos sus elementos en la ley.

En la doctrina italiana se ha construido un nuevo concepto,

el del "derecho debilitado"² para explicar cómo en determinados casos, si bien la autoridad, en ejercicio de un poder discrecional, niega a un particular la realización de un interés, o más precisamente, impide que se coloque en una situación jurídica determinada, sin que en ese supuesto el particular tenga ninguna pretensión que hacer valer, ello no impide que cuando en ejercicio de ese mismo poder discrecional la autoridad otorga la situación jurídica al particular, éste goce de ella y la defienda en igual forma como goza y defiende cualquier otro derecho. Se puede explicar este concepto con un ejemplo de derecho positivo mexicano: conforme a las disposiciones legales que fijan el régimen de las reservas mineras el Ejecutivo puede discrecionalmente negar cualquier concesión que se le pida sobre una de esas reservas, pero si otorga la concesión, el particular adquiere un derecho de tipo especial que puede inclusive defender frente a otros particulares o aun frente al mismo Estado cuando éste pretende tomar disposiciones ya no ligadas con el ejercicio de aquel poder discrecional primitivo, sino en ejecución de las normas jurídicas relacionadas con la administración o explotación de las reservas o con las cargas jurídicas del particular. De esta manera si el predio concesionado fuese invadido o si la concesión se quisiese declarar caduca alegando falsamente falta de trabajos o de pago de impuestos, etc., el particular tendría el derecho indudable de defenderse aun en contra del Estado. En cambio, no tendría defensa alguna si el Estado, llegado el término de la concesión, se negase a renovarla ejercitando la facultad discrecional que tiene de manejar las reservas de acuerdo con lo que el Ejecutivo considere una saludable política de beneficio social en esta materia...

Queda de esta manera integrado el cuadro de los conceptos fundamentales relativos a las diversas posibles situaciones del particular frente a la Administración.

² Sobre este tema puede consultarse la obra de *Derecho Administrativo de Zúñiga*.

2. Modelos europeos de Ombudsman

Ronald C. Rowat

EL OMBUDSMAN DE SUECIA

Ombudsman era originalmente una palabra sueca que significaba representante o agente del pueblo o de un grupo social. Como todavía se sigue usando con este sentido generalizado en Suecia, el significado que tiene este término se aplica en este país al *Justitombudsman*, el funcionario designado por el parlamento para la supervisión de las quejas contra la administración y la acción de la justicia. En el mundo anglosajón se tradujo este término en la mayoría de los casos por «Comisionado parlamentario para la administración» y éste es el título oficial empleado por el legislador al crear la institución en Nueva Zelanda y Gran Bretaña. Pero como la idea fue adquiriendo diversos matices en otros países, se ha preferido en la mayoría de las lenguas, emplear para designar este oficio, el término de Ombudsman. En inglés esta palabra se ha empezado a pronunciar en su forma inglesizada con el acento en la sílaba intermedia, para rimar así con *Woodman*.

Aunque el proyecto del Ombudsman es nuevo, en el sentido de que ayuda a afrontar los problemas de una burocracia cada vez más poderosa en los modernos Estados del bienestar, en realidad se trata de una antigua institución sueca. El *Justitombudsman* fue creado por vez primera como comisionado del Parlamento en la constitución sueca de 1809. Sus funciones de recibir las quejas de los ciudadanos y protegerles contra las injusticias las desempeñaba antes de esa fecha un funcionario designado por el rey; el canciller de justicia. Cuando el poder legislativo se independizó del ejecutivo en 1809, decidió designar un Ombudsman como su propio «defensor de la ley». Aunque un canciller todavía sigue existiendo y continúa recibiendo directamente del público las quejas, tiene otras importantes obligaciones administrativas por lo que el Ombudsman se ha convertido en el órgano más relevante para recibir, investigar y resolver las quejas.

En el siglo diecinueve, las actividades del Ombudsman estaban ceñidas a la supervisión de los tribunales y de la policía, pero el crecimiento desmesurado de la administración en el siglo veinte hizo que se concentrase más la burocracia. En 1915

el trabajo se hizo tan agobiante para un único Ombudsman que se designó el *Militiombudsman* para las fuerzas armadas. El constante aumento del trabajo ha provocado importantes cambios en el sistema sueco. En 1965 una comisión gubernamental recomendó que, con el fin de reducir el trabajo al Ombudsman para los asuntos civiles, la supervisión de los jueces, los funcionarios de prisiones y la policía fuese transferida al Ombudsman para los asuntos militares. Como una solución alternativa, el conocido Ombudsman para los asuntos sociales, el Sr. Bexelius propuso que se dividiesen en tres Ombudsmen distintos, las funciones que hasta entonces desempeñaban los dos Ombudsmen existentes. A principios de 1967 el gobierno presentó una proposición de ley estableciendo estas diferencias. Dado que es competencia exclusiva del Parlamento tomar decisiones sobre su Ombudsman, el gobierno no hizo ninguna recomendación sobre la alternativa que él prefería. El Parlamento decidió en favor de las propuestas de Bexelius y en 1968 creó un sistema de tres Ombudsmen.

En 1976 este sistema experimentó otra reorganización instaurando cuatro Ombudsmen, siendo el administrativo quien toma las decisiones sobre la orientación general de las actividades. Todos ellos tienen una oficina y un equipo de asesores en común, pero cada uno está especializado en distintas materias y decide independientemente sobre las cosas que se le presentan. El titular administrativo está encargado de los temas impositivos y de la ejecución de las sentencias. Un segundo Ombudsman supervisa los tribunales, la fiscalía, la policía y las cárceles. Un tercero está encargado de los asuntos sociales y de la educación, mientras que el cuarto supervisa las fuerzas armadas y las restantes materias.

NATURALIEZA DE LA INSTITUCIÓN DEL OMBUDSMAN

La institución del Ombudsman, tal como se ha desarrollado en Suecia tiene una serie de peculiares características que la configuran como un órgano único en su género para el tratamiento y la investigación de quejas.

Primero, el Ombudsman es un cargo del poder legislativo, no del ejecutivo. El o ella¹ es designado por el parlamento y tiene la facultad de emitirle sus informes en cualquier momento. Los cuatro Ombudsmen presentan un informe anual conjunto que expone y comenta las cosas más importantes que han tratado. Este informe es tomado en consideración por una comisión parlamentaria establecida para este fin, que actúa en consecuencia.

Segundo, un Ombudsman es un investigador imparcial, independiente no ya de los partidos o tendencias políticas, sino del propio parlamento. Su cargo está regulado por la Constitución. Una vez que se hace cargo de la queja y comienza la investigación del caso, los parlamentarios no pueden intervenir. Se ha convertido ya en costumbre que todos los partidos políticos más representativos le elijan prácti-

camente por unanimidad. Aunque su designación es para un período de cuatro años, con frecuencia vuelve a ser reelegido para un segundo o hasta un tercer mandato.

Tercero, una notable limitación que cercena el poder del Ombudsman es que, a diferencia de los tribunales, no tiene facultad para anular o revocar una decisión ni dispone de poder directo sobre los tribunales o la administración.

Solo cuenta con la facultad de investigar y cuando observa que se ha hecho una injusticia, propone que se remedie. Su autoridad se basa en su objetividad, su competencia, sus superiores conocimientos y su prestigio. Cuando las autoridades no aceptan la solución propuesta por el Ombudsman, su principal arma, para asegurar una solución justa, se cifra en la publicidad que puede dar al problema en sus informes al parlamento o a través de la prensa.

Cuarto, tiene facultad para investigar por propia iniciativa. Puede inspeccionar los tribunales y los órganos administrativos así como llevar a cabo la resolución de cuestiones aparecidas en noticias de prensa. Una prueba clara de ello es que muchos de los casos más relevantes que han abierto una causa o han producido cambios en las prácticas administrativas o en las leyes, se han iniciado de esta forma.

Quinto, el método de iniciar su acción contra las decisiones administrativas es, a diferencia de los procesos jurisdiccionales, directo, informal, rápido y económico. Lo único que debe hacer quien presenta la queja es escribir una carta. Para mayor seguridad de aquellos que se encuentran internados en alguno de los muchos centros de internamiento que existen hoy en los modernos Estados sociales, las cartas que se envían al Ombudsman desde las cárceles, los centros asistenciales o los hospitales mentales no pueden ser abiertas ni por los funcionarios, ni por los directores. No se celebra ninguna vista, como sucede en un juicio y todo el trabajo del Ombudsman se hace casi siempre por correo. Este solicita y analiza todos los documentos y cuando no ve justificada una queja, pide al departamento correspondiente una explicación. Si esta explicación resulta insatisfactoria, puede reconvenir al funcionario e intentar que se ponga remedio a la situación. Cuando lo considere necesario, puede, así mismo, recomendar cambios en las leyes o sugerir las normas precisas para que desaparezcan esas injusticias o anomalías. Dado que el procedimiento para el tratamiento de las quejas es sumamente informal y sencillo, los cuatro Ombudsmen juntos tienen un presupuesto y un equipo de trabajo muy reducido.

Un rasgo característico del sistema del Ombudsman es que, como el modo de tratar las quejas es muy simple y económico, puede terminar resolviendo muchos de los asuntos de menor monta. Por muy importantes que sean para el afectado, no merece la pena y el dinero que supone embarcarse en un largo procedimiento judicial. Muchos asuntos sólo necesitan que se le expliquen al ciudadano afectado las razones por las que la administración ha tomado una decisión contra lo que él reclama. Pero también el Ombudsman advierte al departamento gubernamental en cuestión que en lo sucesivo explique al ciudadano las razones que le han llevado a tomar esa decisión. Otros ejemplos de las reclamaciones de tono menor más frecuentes son las quejas referentes a la falta de respuesta a solicitudes, lentitudes en contestar los escritos enviados por correo, la falta de información suficiente sobre el derecho a recurrir o retrasos en la toma de decisiones. De todos modos, la mayor parte del trabajo más valioso de los Ombudsmen se ha centrado en asuntos graves de ilegalidades que afectaban a la libertad del sujeto, tales como el empleo injusti-

1. Por razones de brevedad, de ahora en adelante solo emplearé la forma masculina, aunque es evidente que abarca también el femenino, cuando el titular sea una mujer.

ficado de esposas, o la grabación por la policía de conversaciones telefónicas o que una enfermera atacase a un enfermo mental. Como resultado de las investigaciones del Ombudsman, éste se puede dirigir al responsable ministerial proponiendo que sancione a uno o a varios de los funcionarios, o en casos más serios, puede llevar ante los tribunales a ese funcionario que ha cometido una acción injusta.

Otra característica especial consiste en el poder que tienen los Ombudsmen de supervisar los tribunales. Hace unos años, por ejemplo, como resultado de la investigación de una queja, el Ombudsman civil llevó ante los tribunales a un juez que había insultado a un testigo, tachándole de mentiroso. Al juez se le impuso una multa de 300 dólares.

Una prueba de que aun en los Estados donde mejor funciona la administración, como en Suecia, con unos funcionarios con fama de responsables, estos cometen también abusos de poder, la encontramos en el hecho de que a lo largo de los años han sido procesados por los Ombudsmen suecos varios altos cargos, incluidos los titulares de los ministerios. Un ejemplo reciente lo tenemos en el proceso de un jefe de policía y de un fiscal provincial, por haber confiscado ilegalmente la barca de un pescador. En el siglo XX se produjeron tres ocasiones en que el parlamento requirió al *Justitiamyndman* para que procesase a tres ministros, a pesar de que los ministros están excluidos de la acción de los Ombudsmen.

Los Ombudsmen están convencidos de que son especialmente responsables de las cuestiones relacionadas con la libertad de los ciudadanos, concretamente en los casos de arresto o detención. La detención de ciudadanos en alguna de las múltiples instituciones creadas por los modernos estados, tales como cárceles, prisiones, correccionales, centros sociales y hospitales mentales, puede en algunos casos llevar consigo una privación de libertad legal. Por ejemplo, en 1955 el Ombudsman civil tuvo que llevar a los tribunales a un gobernador civil por haber detenido ilegalmente a un alcohólico crónico.

Como el poder con que cuentan los Ombudsmen suecos para iniciar las investigaciones por propia iniciativa es muy importante y lo han utilizado con mucha frecuencia, voy a poner con más detalles un ejemplo. Se trata de un caso que había sucedido poco antes de que yo visitase en 1960 al Sr. Bexelius, a la sazón el Ombudsman civil. Me contó el Sr. Bexelius que un día, mientras estaba dando un vistazo a las noticias de tribunales en el periódico, se encontró con que el periodista narraba la historia de un joven delincuente que había ido a la cárcel por un delito menor.

El periodista mencionaba de pasada que este joven delincuente debía haber recibido una buena formación, porque había escrito a su novia una carta amorosa muy bien redactada, carta que el periodista había leído en los archivos de la policía. El Sr. Bexelius me contó que cuando él leyó la noticia, se le saltaban los ojos de rabia. ¿Qué hacía una carta de amor de este pobre hombre en los archivos de la policía, donde cualquier periodista podía leerla y hasta publicarla?

Aunque los oficiales de policía tienen derecho, según la ley sueca, a censurar la correspondencia de los internos, no pueden interceptarla, ni archivarla, a no ser que existan motivos especiales para ello. Así pues, el Sr. Bexelius escribió al oficial en cuestión pidiéndole una explicación. El oficial contestó alegando que la carta se encontraba en los archivos porque la policía sospechaba que ese interno era un falsificador y necesitaba tener copia de sus escritos a mano. El Ombudsman aceptó esta

explicación y no emprendió más acciones. Pero me aseguró que si la carta hubiera estado en los archivos por una equivocación, hubiera reconvenido al oficial en cuestión.

Para tener una idea más clara de la naturaleza y la amplitud del trabajo del Ombudsman, podemos tomar en consideración el número y el tipo de asuntos que se han emprendido. Antes de que en 1968 se creasen los tres Ombudsmen, el Ombudsman militar recibía unas 650 quejas cada año, la mayoría de las cuales las iniciaba él de oficio, ya que las quejas individuales recibidas nunca llegaron al centenar. Por otro lado, el Ombudsman civil recibía unas 1.200 quejas anuales a las que hay que añadir unas doscientas iniciadas de oficio. En 1980-1981 el número total de quejas tratadas por los cuatro Ombudsmen se había elevado a 3.456, de las cuales 501, aproximadamente el 15 por ciento, fueron solventadas favorablemente. Sólo 91 quejas se iniciaron por iniciativa de los Ombudsmen, 61 de las cuales, es decir, más de las dos terceras partes, se resolvieron de forma contraria a las actuaciones administrativas.

MUESTREO DE CASOS ACAECIDOS EN SUECIA

Para tener un mejor conocimiento de los asuntos tratados por el Ombudsman y de los métodos para resolverlos, podemos pasar revista pormenorizada a alguna de las investigaciones más significativas y detenernos en las actuaciones realizadas.

A continuación se exponen algunos de los asuntos más importantes seleccionados y presentados por el propio Sr. Bexelius ante una subcomisión del Senado Alemán en 1966.

SUPERVISIÓN DE LA POLICÍA

1. Un hombre que era un borracho habitual, en sus momentos de embriaguez, había maltratado a su esposa, que acudió a la policía, la cual después de que el médico forense examinase al marido, envió a éste a un hospital mental donde estuvo internado ocho meses. Entonces fue cuando acudí a mí. Cuando examiné los expedientes del hospital, no encontré ninguna razón que me conviniese de que se tratase de un enfermo mental. Entonces dirigí un escrito a la Dirección General de la Salud, el más alto organismo sanitario de Suecia, preguntándole su opinión. Me contestaron en el sentido de que no había motivos suficientes para retener a ese hombre en un hospital mental. Ciertamente, ese hombre podía y debía haber sido llevado a un centro para alcohólicos habituales, donde todo lo más hubiese permanecido tres o cuatro meses. No encontré razones suficientes para procesar al doctor, pero me dirigí al gobernador, proponiéndole que diera una compensación a ese hombre.

2. En el verano de 1963 en el plazo de muy pocas semanas fueron asesinadas en Estocolmo por un maníaco sexual dos chicas jóvenes. En el periodo de tiempo que transcurrió entre el primer y segundo asesinato, la policía recibió varias indicaciones que acusaban a un hombre determinado que fue interrogado por la policía, sin que se encontrasen

pruebas fehacientes contra él, hasta que se produjo el segundo asesinato. Me sentí en la obligación de abrir una investigación y dos miembros de mi equipo interrogaron a los policías que habían tomado parte en el asunto. Como resultado de esta investigación, llegué a la conclusión de que la policía era culpable. En este caso el número de personas que tomó parte activa en la investigación había sido muy reducido y no había funcionado bien el sistema adoptado para recoger todo el material de información que se le había enviado.

En este caso tan grave el jefe de policía debía haber supervisado más directamente la organización de la operación. Parece increíble que no se tomaran las medidas adecuadas para impedir que el asesino cometiese el segundo crimen. Los defectos encontrados en el trabajo de la policía en el curso de la investigación dieron pie a la preparación de planes más eficientes para la actuación de la policía en temas similares. Esta actuación demostró ser válida en el trabajo posterior de la policía en el cumplimiento de sus obligaciones para la seguridad pública.

CONFLICTO PÚBLICO DE INTERESES

En diciembre de 1961 el presidente de una compañía aérea privada organizó con sus clientes un vuelo charter de Suecia a París con el nombre de *El vuelo de las compras navideñas*. Por informaciones aparecidas en los periódicos me enteré de que algunos funcionarios del gobierno habían participado en ese viaje. A instancia mía, se inició una investigación sobre el caso. Entre los participantes en el vuelo se encontraban, entre otros, el Director de la Inspección de Aviación Civil y su esposa. Antes del viaje, el Director había sometido la cuestión de hacer el viaje a su superior inmediato, el Director General de Aviación Civil de Suecia, quien le había dado permiso para emprenderlo. Yo estaba convencido de que el Inspector de Aviación Civil había sido invitado sólo por el puesto oficial que ocupaba. Sin embargo, no existía prueba alguna de que este regalo hubiese influido en modo alguno en el ejercicio de sus responsabilidades. Pero él no tenía que haber aceptado esta invitación, dado que era el responsable de inspeccionar y controlar las actividades de esa compañía. El hecho de haber participado en el viaje con su esposa podía levantar sospechas contra el ejercicio de sus responsabilidades públicas. Al darle permiso a este alto funcionario para realizar este viaje, el Director General de Aviación Civil de Suecia había cometido una negligencia y no había cumplido con su deber de responsable máximo del organismo oficial. Los dos altos cargos fueron procesados y condenados a pagar una multa. La sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo de Suecia.

JUECES Y TRIBUNALES

1. Un tribunal había condenado a una persona detenida a pagar las costas de su viaje de Estados Unidos a Suecia donde iba a ser juzgada. A lo largo de su investigación el Ombudsman descubrió que se había obligado al demandante injustamente a pagar él los gastos de transporte. Como la ley no determinaba con claridad a quien correspondía la obligación de pagar estos gastos de transporte, no se podía inculpar al juez por este error. Pero el Ombudsman escribió al Gobernador proponiéndole que se le abonasen los gastos al demandante. La sugerencia fue aceptada por el Gobernador.

2. Una de las investigaciones, que emprendí con más ahínco, se refiere a la aplicación por parte de los tribunales de las leyes relativas a conducir bajo los efectos del alcohol.

En Suecia es un delito conducir un vehículo cuando el contenido de alcohol en la sangre del conductor supera el 0.5 por mil en el momento de la conducción. Sin embargo, en la mayoría de los casos el test de alcoholemia se realiza horas después del momento de la conducción. Esto supone que los jueces deben hacer un cálculo estimativo del contenido de alcohol en la sangre en el momento en que iba conduciendo. Los tribunales la llaman la «prueba retroactiva». En el curso de mis investigaciones me percaté de que al hacer estos cálculos, los tribunales partían con frecuencia de unos presupuestos equivocados. Requerí para este examen los servicios de dos eminentes expertos y quedó de manifiesto que estos cálculos retroactivos se debían realizar mediante bases claramente científicas. Esta investigación, que fue dada a conocer en el Informe anual, fue una gran ayuda para los tribunales.

EL CASO DE LA TUMBA EQUIVOCADA DE SITIO

Hace pocos años un labrador fue enterrado en el camposanto del pueblo. El entierro tuvo lugar durante el invierno, cuando las fosas estaban cubiertas de nieve, lo que hizo que el enterrador no pudiese encontrar fácilmente la tumba de la familia. Pocas semanas después del entierro, la hija del labrador fue a ver al párroco para decirle que le había dado el féretro de su padre no había sido depositado en la tumba de la familia. El párroco lo comentó con el enterrador, pero éste aseguraba que no se había equivocado. Fue entonces cuando la hija del fallecido, que era soltera, se dirigió al concejo municipal solicitando el desenterramiento, a lo que el concejo se negó.

Seguidamente ella se dirigió a la diputación provincial y posteriormente al propio Gobernador civil de la provincia, que también se negó. Acto seguido acudió al Gabinete Real. El Ministro del ramo acudió al Señor Obispo y el Obispo también dijo que no. El Consejo de Ministros tuvo entonces que decir que no. Durante muchos años ella se siguió quejando ante todas las autoridades y todas ellas volvieron a decir que no.

Posteriormente acudió al Ombudsman. Yo tramité la queja ante el concejo municipal, solicitando información, pero el concejo no tenía nada que decir sobre el asunto. En ese momento di orden a la policía de que se interrogase a todas las personas que pudiesen dar alguna información. Después de obtener toda esa información, yo no sabía a ciencia cierta si el ataúd había sido depositado en la tumba familiar o en otro lugar. Pero las circunstancias hicieron que el concejo municipal por fin ordenase que se hiciera una investigación y se desenterrase la caja del muerto. El Ombudsman no tiene poder para ordenar el desenterramiento en un camposanto parroquial, de forma que lo único que yo podía hacer era recomendar al concejo municipal, porque éste no había realizado una auténtica investigación del caso. La chica entonces me tomó la palabra y se dirigió al Consejo de Ministros para decirles: «Mira Sr. Ministro, ya ve cómo el Ombudsman dice que hay motivos suficientes para hacer una investigación», y el Consejo de Ministros no pudo hacer otra cosa, sino ordenar el desenterramiento. Una vez realizado éste, cayeron en la cuenta de que el ataúd había sido enterrado fuera de la fosa familiar. Algunos pueden decir que se trata de un asunto insignificante y que deba lo mismo donde se encontrase la caja del difunto. Pero para la hija era un tema de suma trascendencia y es importante para todos los suecos saber que se les va a hacer justicia, aun cuando esté en juego el prestigio de un Gobernador, de un Obispo y del propio Consejo de Ministros.

Este caso resulta significativo del ingente número de asuntos que debe tratar el Ombudsman y los métodos que debe emplear para poner remedio a las reclamaciones.

nes recibidas. Muchos de ellos pueden parecer poco significativos, pero terminan siendo de gran importancia para la paz espiritual de los demandantes.

El siguiente caso, tomado del informe anual del Ombudsman de 1980-1981, es un ejemplo interesante de otros muchos asuntos en los que el Ombudsman ve con claridad que no hay motivo para la querrela y por tanto tiene que disculpar a los funcionarios presuntamente acusados de culpables.

EL CASO DEL PUENTE DERRUMBADO

El 18 de enero de 1980 a la una y media de la tarde un barco cruzaba entre una espesa niebla el puente de Almö de 500 metros de longitud y 40 de altura que une la tierra firme con la Isla de Tjörn en la costa oeste de Suecia. Anteriormente las vías de acceso habían sido bloqueadas, ya que un coche con seis pasajeros y un camión se habían precipitado al agua. Habían muerto ocho personas. En la queja planteada al Ombudsman se ponía en tela de juicio si, por incompetencia o falta de imaginación de la policía, no habían sido quizá demasiado lentos en colocar las barreras. Como resultado de la investigación llevada a cabo, se puso de manifiesto que en los primeros informes recibidos por la policía no constaba que el puente se había derrumbado. Sólo veinte minutos después del accidente se supo con certeza lo que había sucedido. La vía de acceso, que partía de tierra firme, fue cerrada inmediatamente por una patrulla de policía. La otra vía que se encontraba en la costa de Tjörn quedó cerrada a eso de las dos y veinte de la noche por un oficial de aduanas que había sido llevado a tierra por un barco guardacostas. Parte de las acusaciones que se hacían contra la policía se basaban en el retraso con que se había clausurado esa vía de acceso. Las investigaciones del Ombudsman Bexelius pusieron de manifiesto que no se podía culpar a la policía de las catastróficas consecuencias del derrumbamiento del puente, sino que, por el contrario, la policía había realizado un trabajo perfecto en unas condiciones muy adversas. También declaró el Ombudsman que bajo esas circunstancias la policía no tuvo la más remota posibilidad de cerrar la vía de acceso en el tiempo necesario para impedir el accidente.

Para resumir la naturaleza del sistema del Ombudsman, el Ombudsman Bexelius insiste en los siguientes puntos:

Un aspecto importante, que a menudo se olvida, de la actividad del Ombudsman, es que con frecuencia rechaza las quejas injustificadas. Es interesante poner de manifiesto que las acusaciones contra los funcionarios, impugnadas en las quejas no se inician hasta que resulta evidente para esta institución imparcial si las quejas están o no justificadas. Es importante señalar también que las acusaciones, aparecidas en la prensa contra el abuso de ciertas autoridades, son investigadas por un organismo libre de cualquier influencia burocrática y que estas investigaciones están disponibles y son dadas a conocer al público en general con toda veracidad. Al rechazar las quejas injustificadas, después de haber realizado una exhaustiva investigación, el Ombudsman contribuye a robustecer la confianza del público en la autoridades y a garantizar el bienestar de la sociedad.

Hay que dejar bien claro que esta institución, por su propia naturaleza, contra resta las tendencias transgresoras de la autoridad y hace de contrapeso contra los abusos públicos. Como los ciudadanos cada vez se sienten más dependientes de los organismos públicos, se ha hecho cada vez más necesario disponer de un organismo

totalmente independiente de la burocracia, que controle a una administración cada día más gigantesca.

El Ombudsman es la expresión clara de que en una democracia real la sociedad cuenta con una institución, cuyo objetivo es proteger a los ciudadanos contra los propios organismos de la sociedad y que todos y cada uno, aun los más pobres y desamparados, tienen derecho a presentar sus quejas contra la autoridad que será investigada y juzgada por una agencia imparcial.²

2. U.S. Congress, Senate, Committee on the Judiciary, Sub-Committee on Administrative Practice and Procedure, *Ombudsmen* (March 7, 1966), 11-12. Los casos mencionados aparecen en las páginas 7-16 y 33-36.

EL DEFENSOR DE LA LEY DE FINLANDIA

Hasta hace pocos años el mundo de habla inglesa sabía muy poco de la oficina del Ombudsman que existía en los países nórdicos. A pesar de que Suecia tenía esta figura desde 1809 y Finlandia a partir de 1919, fue solamente a partir de su creación en Dinamarca en 1955 y su implantación en Noruega y Nueva Zelanda en 1962, cuando se empezó a conocer el significado de este baluarte del sistema democrático contra la tiranía del funcionariado.

A principios de 1960 y con motivo del caso Crichton Down de Gran Bretaña y el Informe Franks, se empezó a escribir sobre la necesidad en Gran Bretaña de una institución análoga y se suscitó el interés por el tema en todo el mundo de habla inglesa. De todos modos, debido a las barreras lingüísticas, casi todo lo que empezamos a conocer sobre esta figura tenía su origen en la pluma del profesor Stephen Hurwitz, el primer Ombudsman de Dinamarca, referido solamente a este país. Es cierto que esta figura tanto en Dinamarca como en Suecia, así como también la figura muy relacionado con ella del Canciller de Justicia de Suecia, había sido admirablemente descrita en un capítulo del libro de Brian Chapman sobre los servicios públicos en Europa³. Pero Chapman dedicaba sólo unos párrafos al Ombudsman de Finlandia y al canceller de justicia, por lo que se conocían muy poco estas importantes instituciones en el mundo de habla inglesa, hasta que escribí un artículo sobre ellas en 1961 y hasta que apareció en 1973 el libro de Mikael Hiden sobre el Ombudsman finlandés⁴. Como existen notables diferencias entre estas instituciones y las suecas y dado que crece la conciencia de que en los países con derecho común se hace cada vez más necesaria una protección efectiva contra la arbitrariedad admini-

3. *The Professions of Government* (London, 1959) cap. 12.

4. «Finland's Defenders of the Law», *Canadian Public Administration* IV, 3 (September 1961), y IV, 4 (December 1961), 316-325 and 412-415, y *The Ombudsman in Finland. The First Fifty Years* (Berkeley: Institute of Governmental Studies, 1973).

nistrativa, creo que se pueden sacar provechosas enseñanzas de un conocimiento profundo de su historia y de su actual funcionamiento”.

Desde hace más de 700 años Finlandia ha tenido una larga historia constitucional y siempre ha mantenido una oposición tenaz contra cualquier autoridad arbitraria. Durante casi 600 años Finlandia estuvo sometida al dominio de Suecia y, como consecuencia de ello, desarrolló gran parte de sus tradiciones políticas. En 1809 Finlandia cayó bajo el dominio de Rusia, a la que estuvo sometida durante más de cien años, pero como había sido incorporada al Imperio Ruso como Estado autónomo, conservó virtualmente intacto su sistema jurisdiccional y constitucional hasta comienzos de este siglo. Entonces es cuando, como ha señalado el profesor Kastari:

«Cuando se empezaron a tomar medidas represivas para lograr la rusificación de Finlandia, la pequeña nación finesa no contaba con más medios de defensa que sus leyes y su constitución, por lo que se agarraron desesperadamente a ellas hasta el último instante. En el curso de esta desigual batalla fue arraigando cada vez con más firmeza un profundo sentimiento de respeto a la ley y a la constitución. Aun hoy día este respeto es el factor sociológico más importante sobre el que se asienta el ejercicio de los derechos fundamentales en Finlandia».

Debido a esa amarga experiencia de los intentos de opresión por parte de Rusia, a nadie sorprende que la Carta Constitucional de 1919, por la que se crea la república de Finlandia, incluyese una serie de instituciones que tienen como objetivo proteger a los ciudadanos contra las arbitrariedades de los funcionarios.

EL CANCELLER DE JUSTICIA

Se piensa con frecuencia que el Canciller de Justicia de Finlandia es lo mismo que el de Suecia. Pero esto es un error. Este es un cargo más independiente y poderoso y aún más importante que el Ombudsman finlandés en cuanto defensor de la ley. Tiene su origen en la extraña historia finlandesa. Cuando el emperador ruso conquistó Finlandia en 1809, no sólo prometió mantener las leyes constitucionales, que habían estado vigentes durante los años del dominio sueco, sino que aceptó la propuesta de un fiscal general, semejante al canciller de justicia sueco, como el más alto guardián de la ley en el Estado. Tenía el poder de vigilar la observancia de la ley por todos los poderes públicos, incluido el gobernador general del emperador e informar al emperador, caso de que no lo respetasen. Mientras que en Suecia el canciller de justicia con el paso del tiempo fue cayendo, cada vez más, bajo la influencia del ejecutivo, a la par que el gobierno se iba haciendo más responsable, y

5. Gran parte de la información, sobre la que se basa este capítulo, la obtuve del Dr. O. Huoka, antiguo canciller de justicia de Finlandia y del profesor P. Kastari, antiguo Ombudsman parlamentario, a los que entrevisté en Finlandia y a quienes expreso aquí mi agradecimiento.

6. PAAVO KASTARI, «The Constitutional Protection of Fundamental Rights in Finland», *Tulsa Law Review*, Vol. XXXIV, p. 696.

el Ombudsman parlamentario iba asumiendo muchas de sus funciones, en Finlandia el fiscal general se iba haciendo cada vez más poderoso e independiente por ser un baluarte contra la dominación rusa.

Resultado derivado en esta evolución la designación del primer fiscal general que recaerá en el eminente jurista finlandés de la época, el profesor Mathias Columbus, quien había sido miembro del tribunal supremo sueco y había publicado un número de valiosísimas obras jurídicas. Durante su mandato el cargo se configuró con unas características que todavía permanecen después de 160 años.

Cuando comenzó el período de la opresión zarista, a finales del siglo pasado, el cargo de fiscal general se fue haciendo cada día más delicado y difícil. Como los finlandeses no contaban con un ejército propio, el único lugar en que podían pararse era en sus trincheras legales tradicionales, desde las cuales entablaron una ardua, pero desigual batalla. Los tribunales fineses se negaban a aplicar las leyes rusas que no estaban de acuerdo con la constitución finesa y no habían sido adoptadas por la Dieta finesa. Pero esa lucha encarnizada terminó en múltiples represalias; una de las más duras fue la detención de todo el tribunal superior de Viipuri, compuesto por unas veinte personas, que fueron juzgadas por un tribunal ruso en San Petersburgo, destituidas de su cargo y condenadas a prisión. Un punto clave en esta batalla fue, desde luego, el cargo de fiscal general. Los fiscales generales fineses, que se negaban a obedecer a los rusos, eran destituidos por el emperador. Por otro lado, los que eran considerados como muy sumisos eran odiados y rechazados por los finlandeses. En 1905 la situación se había ensombrecido de tal manera que el fiscal general fue asesinado por un finés, hecho que se volvió a repetir años después.

Las acciones emprendidas por P.S. Svinhufvud, que posteriormente sería el primer ministro y a continuación presidente de la nueva república, demuestran con claridad la importancia que los fineses daban a este precedente constitucional y al cargo de fiscal general como defensor de la ley. En 1905 Svinhufvud actuó como fiscal para defender al fiscal general asesinado. En 1914, en su condición de juez se negó a enviar al fiscal general, que entonces era ruso, copias de ciertos documentos de un tribunal de justicia, basándose en que el fiscal general había sido designado ilegalmente, ya que no era un jurista finés. Por esta negativa Svinhufvud fue arrestado por los rusos y enviado a una cárcel de Siberia donde permaneció hasta que tres años después estalló la revolución. Inmediatamente después de la revolución fue puesto en libertad y designado fiscal general.

Cuando se aprobó la Constitución de 1919, se mantuvo el puesto de fiscal general. Se cambió su nombre por el de canciller de justicia, pero los poderes y las obligaciones del cargo se mantuvieron idénticos. Aunque los fineses no tienen ya que oponerse al zar extranjero y han creado sus propias instituciones políticas, tales como el presidente y el consejo de ministros, miran siempre con recelo a los poderes ejecutivos y administrativos y no dudaron en poner controles a su ejercicio. Esto explica que se haya mantenido con todo su poder el cargo de canciller de justicia, como parte del ejecutivo, y se haya creado la figura del Ombudsman que coincide en parte con él y resulta ser casi un duplicado, aunque depende del parlamento.

Es cierto que el canciller de justicia puede considerarse como parte del ejecutivo, en el sentido de que es nombrado por el presidente de la república. Pero habida cuenta del apoyo que por su tradición recibe del pueblo y de acuerdo con la escrupulosa división de poderes establecida en la constitución de 1919, resulta ser total-

2892583

niente inapetente, hasta el punto de poder procesar al mismo presidente. El poder más notable con que cuenta el canciller de justicia se cifra en la facultad de poder supervisar al presidente y al consejo de ministros para garantizar que ninguno de ellos realicen actos inconstitucionales o ilegales. Con esta finalidad asiste a todas las sesiones del consejo de ministros y a las del consejo del presidente (reuniones distintas a las del consejo de ministros, presididas por el presidente). En ocasiones se piensa que, como asiste a sus reuniones, el canciller actúa como si fuese un miembro más del consejo. Pero no es así. Su papel no es otro que el de guardián, que queda claramente simbolizado, para quienes conocen bien las cámaras del consejo fines, en el hecho de que durante las sesiones del gabinete o del consejo presidencial, el no está sentado con los ministros, sino en una fila posterior, pero en un estrado un tanto elevado. Si se niegan a aceptar advertencias en cuestiones de legalidad, lo puede hacer público en sus informes anuales al presidente y a la Dieta. Raramente se ha visto obligado a tomar esta medida, simplemente porque el presidente, el primer ministro y los demás miembros del gabinete son conscientes de que lo puede hacer, razón por la que siempre aceptan sus advertencias. Por supuesto que no debe aconsejar en materias puramente políticas. Su función es única y simplemente la de garantizar que los proyectos de ley y los actos políticos se ajusten a la constitución, y a las leyes y que estén en consonancia con el derecho natural.

Para fortalecer su posición de defensor de la ley, el canciller de justicia de Finlandia es a la vez el fiscal general, coincidiendo de cargos que no se da en Suecia. Los demás fiscales ordinarios deben obedecer sus órdenes. El canciller puede acusar de alta traición ante una sala especial del tribunal supremo, no solo a los magistrados del alto tribunal, sino también a los miembros del gabinete. Puede, también, en caso de alta traición, procesar al presidente de la república, que será juzgado por el tribunal supremo. Pero para impedir que caiga en la tentación de abusar de su poder, el presidente puede, de acuerdo con el sutil sistema de pesos y contrapesos establecido en la constitución de 1919, destituir al canciller, si lo estima suficientemente justificado y el mismo canciller puede ser procesado por el tribunal supremo. Si la Dieta o el presidente estiman que ha actuado contra la ley, puede ser procesado por el Ombudsman o por alguien designado para ello por el presidente. Sin embargo hasta el momento nada de esto ha sucedido.

Una prueba palmaria de que estos amplios poderes del canciller son necesarios y que deben ser utilizados, la encontramos en el hecho de que en 1960, basándose en la queja presentada por dos miembros de la Dieta y tras una completa investigación, se decidió a procesar a varios directivos y funcionarios de una compañía estatal de seguros, que, entre otras cosas, habían concedido créditos con excesiva liberalidad a funcionarios públicos. Como resultado de su actuación, el tribunal de apelación impuso duras multas a un buen número de funcionarios e inclusive al presidente del tribunal supremo administrativo y al primer ministro. Aunque el caso fue recurrido ante el tribunal supremo, el primer ministro se vio obligado a presentar la dimisión, lo que determinó la formación de un nuevo gabinete agrario. Hechos como éste prueban la importancia del cargo del canciller.

El canciller tiene también la facultad de pedir la cancelación de un auto, que ya ha obtenido fuerza legal, cuando en su opinión se ha cometido en él una clara equivocación o han aparecido nuevas pruebas. Un interesantísimo ejemplo de ello lo encontramos en una sentencia de divorcio revocada por el tribunal supremo, cuando

este tuvo conocimiento de que era falsa la información que le habían dado el marido y la mujer. Para satisfacer los requisitos exigidos para un divorcio legal, los esposos alegaron que habían estado viviendo separados durante dos años. Las verdaderas razones por las que querían divorciarse eran que la mujer había sido condenada por malversación de fondos y que el marido, que era un militar de alta graduación muy prestigioso, quería divorciarse de su mujer antes de que se hiciera público su delito. Después de que el canciller revelase estos nuevos datos, fueron procesados tanto el marido como la mujer.

EL CANCELLER Y EL OMBUDSMAN

Con las únicas diferencias de que el Ombudsman es un órgano del poder legislativo, que es nombrado por éste para un período de cuatro años y que solo a él le presenta sus informes, sus obligaciones y sus facultades son más o menos las mismas que las del canciller. Al igual que el canciller, su función consiste en supervisar que las acciones de la administración y de los tribunales se ajusten a la ley y en recibir las quejas enviadas por los ciudadanos agravados que discrepan de las decisiones administrativas o judiciales. Cuenta con el mismo poder para supervisar y obtener información sobre los actos y las decisiones del consejo de ministros, procesar a los más altos cargos, incluidos los jueces y los ministros, cosa que ocurrió en los últimos años, en que han sido procesados varios ministros. Lo mismo que el canciller, el Ombudsman puede comenzar las investigaciones por propia iniciativa, hacer inspecciones, solicitar información, expedientes o documentos, informar a la Dieta y proponer cambios en las leyes o en el ordenamiento jurídico, de forma que éste se haga más justo y equitativo. Más aún, el reglamento de su oficina establece que su salario tendrá las mismas bases que las del canciller.

Sin embargo, por razones históricas y debido al hecho de que el canciller es también el fiscal general, el cargo de canciller tiende a hacer sombra al Ombudsman. Por ejemplo, aunque el Ombudsman tiene derecho a asistir a las reuniones del consejo de ministros, nunca asiste a ellas y tampoco tiene la facultad de procesar al presidente de la república. A este poder, conseguido por las tradiciones históricas, se añade el hecho de que el canciller, por ser asimismo fiscal general, puede recibir las querrelas que un ciudadano tenga contra otro ciudadano particular. Con frecuencia los ciudadanos no distinguen entre un agravio realizado por un particular o por un organismo oficial. Piensan que siempre que hay que hacer una reclamación, hay que presentársela al canciller, por lo que el canciller sigue todavía recibiendo quejas sobre actuaciones administrativas.

Pero ya en 1933, como consecuencia de la enorme cantidad de reclamaciones que recibía el canciller y con el fin de establecer cierta división del trabajo, se decidió que remitiese al Ombudsman todas las quejas de los encarcelados y los soldados. Como eran muchas las quejas sobre estos problemas, el canciller pudo dejar de investigar este tipo de quejas. También cayó sobre las espaldas del Ombudsman la carga de hacer las inspecciones, que ahora realiza anualmente, a los cárceles, otras instituciones públicas, departamentos ministeriales, tribunales administrativos y juz-

gados. Con el fin de aumentar la eficacia de estas inspecciones, el Ombudsman se concentra cada año en una materia o área especializada, como, por ejemplo, el campo de la delincuencia juvenil.

Al igual que sucede con el Ombudsman de Suecia, muchas de las quejas recibidas carecen en absoluto de fundamento razonable y solo una proporción relativamente pequeña requieren una seria investigación. Como consecuencia de todo ello, son muy reducidos los equipos de trabajo tanto del canciller como del Ombudsman. El equipo del canciller está formado por un asistente y una decena de juristas. Durante muchos años el Ombudsman sólo necesitó de un par de expertos juristas, pero durante la década de los sesenta fue aumentando el trabajo de tal forma que se hizo necesario incorporar al equipo un tercer jurista y un experto en legislación militar. En 1971 el poder legislativo dotó al Ombudsman de un asistente a tiempo completo, sustituyendo así a un delegado interino que actuaba solamente cuando el Ombudsman se encontraba ausente.

Comparando las cifras del número total de reclamaciones recibidas por el Ombudsman y el canciller y las características de los casos recibidos en un año, se puede deducir, al menos parcialmente, los asuntos tratados por cada uno. Por ejemplo en 1970 el Ombudsman tuvo que afrontar 1098 asuntos, es decir cuatro por cada jornada laboral. De ellos, 109 se iniciaron de oficio por iniciativa del propio Ombudsman siendo las restantes quejas propiamente dichas. No fue necesario emprender ninguna actuación en 1029 asuntos, puesto que 241 asuntos carecían de fundamento racional de la demanda y en los otros 788, después de iniciado el estudio, no se apreció ninguna irregularidad, sea porque el tema no caía dentro de las competencias del Ombudsman, porque el caso estaba pendiente de sentencia judicial o por otras razones similares. Pero había suficiente fundamento para la reclamación en 69 casos. En 17 de ellos los funcionarios en cuestión habían ya dado la satisfacción requerida, pero del resto, 41 casos se resolvieron mediante una amonestación a la actuación del funcionario, 4 mediante expediente disciplinario y otros 7 fueron a los tribunales.

El número total de asuntos que recibió el canciller durante ese mismo año fue aproximadamente equivalente. Prescindiendo de las 50 quejas que fueron remitidas al Ombudsman, la oficina del canciller tuvo que afrontar ese año un millar de casos. Sin embargo, sólo dos terceras partes de los mismos fueron quejas enviadas por el público y una quinta parte se iniciaron por iniciativa del canciller. El resto de los asuntos fueron enviados por otras autoridades o tuvieron su origen en la función supervisora de los demás fiscales públicos. La razón por la que el canciller toma la iniciativa de oficio en muchas más ocasiones que el Ombudsman, se debe en parte a la función que aquel tiene que ejercer de supervisar los tribunales, de donde recibe una información exhaustiva de aquellas personas que han sido condenadas a pagar una sanción pecuniaria o ir a la cárcel. Una prueba de la importancia que tiene para el canciller actuar de oficio, se ve en el hecho de que, mientras que de las quejas enviadas por los ciudadanos, solamente cuatro o cinco terminan en un proceso judicial, de las iniciadas por el canciller terminan en los tribunales entre 40 y 50. En 1981 el número total de asuntos tratados por el Ombudsman ascendieron a 2123, en tanto que las del canciller sumaron 4428.

Puede parecer a primera vista que no es excesivo el número de asuntos que requieren una acción correctiva por parte del Ombudsman, pero esta proporción es comparable con la de la experiencia sueca y explica también por qué las oficinas del

canciller y del Ombudsman pueden seguir siendo tan reducidas. Como ha hecho notar el Profesor Chapman, un sistema democrático debería avergonzarse que se diese en su país un solo caso de injusticia manifestada al año.

Al igual que en las figuras semejantes de Suecia, ni el canciller ni el Ombudsman están facultados para dar sentencias jurisdiccionales que supongan una sanción, sino sólo para investigar, amonestar o procesar. Pero como tienen la facultad de hacer amonestaciones públicas en sus informes anuales y procesar, si lo estiman necesario, ejercen un enorme influjo en la prevención de acciones ilegales, injustas o arbitrarias por parte de los funcionarios. Este influjo preventivo resulta de un valor incalculable, que se convierte en algo mucho más profundo, si se tiene en cuenta que la mayoría de estos asuntos no pueden ser llevados ante los tribunales ordinarios, o de hecho no se llevan.

Una buena manera de valorar la importancia de los defensores de la ley puede ser compararlos con otros cargos oficiales. Resulta muy significativo que sus salarios sean más elevados que los de otros altos cargos ministeriales y de la misma cuantía que el del presidente de los dos tribunales supremos, aunque éste último tenga probablemente más prestigio. Prueba de ello es que un canciller aceptó ser designado presidente del tribunal supremo y otro el puesto de presidente del tribunal supremo administrativo. Un Ombudsman accedió a ser designado presidente de este segundo tribunal con una retribución levemente inferior a la que antes tenía, aunque hay que tener en cuenta que este cargo tiene la ventaja de ser a perpetuidad, mientras que el Ombudsman es nombrado para un periodo de sólo cuatro años. No parece que se tengan en consideración motivaciones políticas en estos nombramientos, en el sentido en que se pretende a toda costa impedir que lleguen al cargo de defensores de la ley personas demasiado celosas en su papel de guardianes del gobierno. Aunque esto es ciertamente un peligro potencial, la facultad de poder promover a los defensores de la ley a un puesto más elevado hace posible que también se tenga la posibilidad de catapultar hacia escalones superiores a aquellos que son ineficaces o ineficientes. Esta puede ser la aspiración de cualquier Ombudsman, porque no puede ser destituido durante los cuatro años de su mandato, ni siquiera en el caso que la Dieta sea disuelta y sea elegida otra nueva.

EL SIGNIFICADO DE LAS DOS FIGURAS

A cualquier experto en eficacia organizativa le puede parecer que al cumplir estas dos figuras del canciller y del Ombudsman en muchas de sus funciones, una de ellas resulta superflua. Ante todo, no hay que olvidar que una es un órgano del ejecutivo y la otra del legislativo. Los fines han sido suficientemente sabios y se han puesto todos los huevos en la misma cesta. La figura del canciller puede ser dominada por el ejecutivo, cuando, como ha sucedido recientemente, el presidente y el primer ministro pertenecen al mismo partido político. Es cierto que el canciller se mantiene en el puesto por tiempo indefinido, pero, al ser nombrado por el presidente, también puede ser destituido o promovido por él. Más aún, sus relaciones constantes con los ministros, tanto informales como formales, pueden distorsionar

la imparcialidad de sus criterios en un buen número de ocasiones. Si esto sucediera, el Ombudsman se puede convertir en la segunda rueda del asno.

De hecho, hay razones más que suficientes para suponer que en 1960 la figura del canciller estaba dominada por el ejecutivo. Cuando el Dr. Honka, canciller nombrado por el anterior presidente Paasikivi llegó a la edad de su jubilación en 1960, se tenía la impresión, entre los miembros del partido de la oposición, que el presidente Kekkonen volvería a nombrarle, ya que había desempeñado su cargo con la independencia e intrepidez requeridas tradicionalmente para este puesto. Sin embargo no lo hizo así, sino que designó a un magistrado del tribunal supremo, que había sido anteriormente asistente del canciller, había sido también ministro de justicia y que, como todo el mundo sabía, simpatizaba notoriamente con el partido agrario, del que eran miembros el presidente y el primer ministro. En parte, como consecuencia de estos hechos, los socialdemócratas y otros cuatro partidos no comunistas eligieron a Honka para que se presentase como candidato a la presidencia en lucha contra Kekkonen en las elecciones de 1961. Honka aceptó la designación, aunque nunca en su vida había sido socialista.

La situación no hubiera llegado a ser tan dramática, si el presidente hubiera sido un jefe de estado sin mucho prestigio, como a menudo sucede en otros muchos sistemas republicanos. En ese caso, por más que el canciller debía haber sido un aliado del presidente, no tenía porque haber simpatizado tan descaradamente con el primer ministro y su gabinete. Pero en Finlandia el cargo de presidente ha gozado siempre de un gran prestigio y bajo la presidencia de Kekkonen las relaciones entre su presidente y el primer ministro fueron tan sinistras como las de De Gaulle con su primer ministro en Francia.

A la vista de estos acontecimientos, se ve muy clara la importancia del Ombudsman como una segunda línea defensiva. Pero puede suceder que su periodo de mandato sea tan corto, que no tenga tiempo para lograr la independencia y la fuerza que el cargo requiere. En sus inicios, el Ombudsman finés era nombrado solo para un año, pero en 1953 se amplió su mandato a un periodo de tres años y en 1959 a cuatro años, que es el mismo tiempo que dura la legislatura de la Dieta, aunque no coincide con el periodo de mandato del Ombudsman. Teniendo en cuenta que es un órgano de la Dieta, es comprensible que la cámara no desee que la siguiente legislatura tenga que aceptar a una persona nombrada por la anterior cámara. Y parece evidente que si un gobierno logra dominar al canciller y al Ombudsman y si la nueva cámara no puede nombrar un nuevo Ombudsman, el nuevo gabinete tendrá que afrontar la realidad de un canciller y un Ombudsman designados antes de las elecciones, pudiéndose dar la circunstancia de que ambos le sean hostiles. Pero, sopesadas todas las razones, parece mejor un largo periodo de mandato. De todos modos un canciller y un Ombudsman hostiles no crearían tantas situaciones de peligro como las que podrían crear si simpatizaran descaradamente con el ejecutivo. Y si el Ombudsman permanece por un periodo suficientemente largo, siempre será más difícil para el gobierno dominar las dos instituciones, máxime si se hace su nombramiento de tal forma que se pueda calcular que no coinciden las fechas del final de su mandato. Además, un Ombudsman, designado para un largo espacio de tiempo, estará menos sujeto a las influencias políticas que puedan ejercer sobre él los miembros de la cámara, podrá despachar con más independencia los asuntos y según va teniendo más experiencia, llegará a ser más comedido y conseguirá así tener

mayor autoidad y eficacia. Los mismos resultados se obtendrían, si se llegase a convertir en costumbre la reelección para el cargo. Pero en Finlandia no ha sido así. Durante la década de los veinte, cuando la designación era para un año, se sucedieron distintos Ombudsmen y aunque en los años posteriores se produjeron muchas reelecciones, esto no ha sido la regla general. Ello produce que el temor a no ser reelegido, se pueda convertir en un arma contra la independencia del Ombudsman. Por ejemplo se sospecha que el que hasta entonces era Ombudsman no fue reelegido en 1950, porque se había opuesto a la solución dada por el gobierno de Kekkonen a una huelga de ferrocarriles.

QUÉ LECCIONES SE DEBEN SACAR

¿Qué lecciones se deben sacar de toda esta exposición sobre los defensores de la ley en Finlandia y como se pueden adaptar en otras latitudes, especialmente en aquellos países que han heredado el sistema parlamentario británico y su derecho consuetudinario? Por supuesto que a nadie se le pasa por la imaginación que va a tener éxito el simple trasplante de una institución política de un país a otro, si no se hacen los ajustes necesarios para que funcionen en ese otro país. De todos modos parece evidente la siguiente conclusión: si países como Finlandia y Suecia, que cuentan con un sistema de tribunales contencioso administrativos con la oportunidad de recurrir las decisiones oficiales, consideraron necesario incorporar a su sistema, no ya una sino dos instituciones especializadas en la investigación de las quejas sobre la arbitrariedad de los funcionarios, a fortiori parece necesario que los países con derecho consuetudinario cuenten con una figura similar a la del defensor de la ley.

A primera vista Dinamarca y Noruega, que, como los países de la Commonwealth, no cuentan con tribunales contencioso administrativos, al estilo de otros países europeos, llegaron también a esa conclusión, cuando implantaron la institución del Ombudsman. En estos países, en los que los tribunales funcionan con total independencia y desvinculados de la administración, el Ombudsman no dispone de la facultad de controlar los jueces y los tribunales. Los magistrados y los juristas, adujeron que eso podía ser una interferencia en la tradicional independencia de que goza el poder jurisdiccional. Sin embargo, nada de esto ha sucedido ni en Suecia ni en Finlandia, donde los defensores de la ley han sido siempre expertos juristas que se han cuidado muy mucho de no interferir en los procesos jurisdiccionales ordinarios. Sólo han actuado en casos excepcionales, en que era patente que se había cometido una ofensa grave contra la justicia. Y el número de casos que se han producido en estos países, pone de manifiesto que, a pesar de todo lo que se diga, los jueces son también seres humanos y no son tan infalibles como nos quieren hacer creer una serie de mitos ancestrales. Si se considera que el Ombudsman no debe tener jurisdicción sobre los tribunales, entonces los mismos tribunales deben establecer su propio defensor de la ley que investigue ese tipo de casos.

Una segunda conclusión, que se deduce claramente de la naturaleza de la institución finesa del canciller de justicia, es que existen fuertes razones para hacer extensivos los poderes del defensor de la ley a los cargos más relevantes del país,

inclusivo a los miembros del consejo de ministros. Resulta evidente que los ministros tampoco son inmunes a las flaquezas humanas en sus diversas formas de partidismo, desviaciones, arbitrariedades, búsqueda de los propios intereses y, en ocasiones, descarada corrupción. Baste traer a colación algunos de los casos sucedidos en las provincias de Canadá. En Quebec un antiguo primer ministro retiró la licencia al propietario de un restaurante, porque había salido fiador de unas personas arrestadas, que formaban parte de una impopular secta religiosa. En Ontario un ministro de Obras Públicas fue obligado a dimitir por una serie de escándalos en su departamento. En la Columbia Británica un ministro fue acusado de cohecho por haberse dejado sobornar con una gran suma de dinero. Normalmente estos casos sólo llegan a ser investigados y en ocasiones procesados sus autores, después de que la oposición levanta una oleada de protestas, que culmina con la designación de una comisión o comité de investigación creados al efecto. Pero en el sistema parlamentario de los países de la Commonwealth, donde es muy frecuente que un partido mayoritario apoye sin reservas al gobierno de la mayoría, a la oposición le resulta muy dificultoso obtener la información necesaria sobre la que se sustenta la reclamación, mientras que al gobierno le es muy fácil contemporizar o designar una comisión investigadora, que termine elabando tierra sobre el asunto. En Finlandia con frecuencia los cargos del presidente y del primer ministro sirven de contrapeso el uno del otro, y aún en el supuesto en que ambos pertenezcan al mismo bando político, su partido no suele poder contar con una mayoría parlamentaria absoluta. Este fenómeno de las mayorías absolutas, a diferencia del caso fines, máxime cuando se prolongan por un largo espacio de tiempo, pueden desembocar en una peligrosa concentración del poder en manos del gobierno.

En Finlandia, sin embargo, el canceller puede iniciar una propuesta de procesamiento contra el presidente y el Ombudsman contra un ministro, aunque ninguno de los dos puede directamente proceder al procesamiento. El procesamiento del presidente, iniciado por el canceller, o el de un ministro a iniciativa del Ombudsman sólo se hace firme, cuando la Dieta concede el suplicatorio, mientras que el canceller puede procesar a un ministro sólo por orden del presidente. Sin embargo, cualquiera de los dos pueden iniciar el proceso y procesar autónomamente a un miembro del tribunal supremo o del tribunal supremo administrativo. Tanto uno como otro pueden hacer recomendaciones (el canceller al presidente y el Ombudsman a la Dieta), que aparecen publicadas en sus informes anuales. Si el presidente rechaza la propuesta del canceller de procesar a un ministro, el canceller tiene libertad para informar directamente sobre el asunto a la Dieta. Más aún, la Dieta puede decidir autónomamente procesar a un ministro, sin haber recibido antes ninguna recomendación del canceller o del Ombudsman. Todos estos mecanismos demuestran lo bien elaborado que está por la Constitución finlandesa el sistema de pesos y contrapesos.

Es encomiable que en Finlandia los defensores de la ley no tengan la facultad de procesar a un ministro sin la aprobación del presidente o del parlamento, pero en un sistema parlamentario, donde la cámara está dominada por la mayoría que apoya al gobierno, uno se pregunta por qué el Ombudsman no cuenta también con esta facultad. No cabe duda de que la disposición que autoriza a que tanto el canceller como el Ombudsman puedan procesar a un ministro o a un alto cargo, supone una valiosísima garantía, porque en el supuesto de que el canceller esté dominado

por el ejecutivo o simplemente porque se sienta débil, el Ombudsman es libre para albir o llevar a cabo el procesamiento. Esta situación se ha producido recientemente en la historia de Finlandia y, sin género de dudas, ha hecho aumentar el prestigio y la autoridad del Ombudsman en comparación con la del canceller. Como se ve, la importancia de estas dos figuras varía en función de las circunstancias y de la fuerza relativa de sus personalidades.

Se aduce con frecuencia que resulta contraproducente que los ministros estén controlados por el Ombudsman en una época en que se necesita mantener una gran discreción por parte de los miembros del gabinete. Es muy difícil marcar una línea divisoria entre materias sujetas a la ley o sujetas a la discrecionalidad con el agravante de que un celoso defensor de la ley pueda invadir el campo de la discrecionalidad o de la política. Este razonamiento es uno de los típicos reelos con que se ve envuelta casi siempre la implantación del Ombudsman en un país. La respuesta es que los cancelleres de justicia y los Ombudsmen de Suecia y Finlandia han sido lo suficientemente prudentes como para hacerse cargo del problema y ceñirse exclusivamente a las materias sujetas a la ley, de forma semejante a lo que hacen los jueces de los países con derecho común. De todos modos este argumento parece haber tenido éxito en aquellos países en que se ha conseguido que el Ombudsman no tenga jurisdicción sobre los ministros. La explicación más verosímil de esta limitación hay que buscarla en que, como el gabinete controla gran parte de las reformas legislativas, no han despreciado esta ocasión que se les presentaba de reducir unas facultades limitativas de su libertad de acción.

Otro de los argumentos que se aducen contra la figura del Ombudsman en países muy extensos, se fundamenta de esta manera: para que funcione con éxito esta institución debe estar muy personalizada y por tanto debe ser unipersonal, ya que los ciudadanos han de estar convencidos que conocen y se fían del Ombudsman, porque éste va a cuidarse personalmente de su asunto. Pero esto es imposible que suceda en un país con mucha población. De todos modos, ya se sabe que en Finlandia y en Suecia no existe un solo cargo responsable de resolver las quejas recibidas contra la Administración. Finlandia cuenta con dos figuras semejantes y Suecia tiene un canceller de justicia, además de los cuatro Ombudsmen. La experiencia demuestra que este contacto personal con el Ombudsman es menos importante que su independencia. La opinión pública debe estar persuadida que esta institución es lo suficientemente independiente como para poder luchar hasta lo último en defensa de los ciudadanos, e iniciar las investigaciones, cuando surgen acusaciones de mala administración. No hay que olvidar que muchos de los importantes asuntos de ilegalidad o mala administración se descubren gracias a las investigaciones hechas de oficio por los defensores de la ley, sensibilizados por sus propias inspecciones, por las noticias de prensa o por la información que reciben directamente de los servicios sociales, las prisiones, las fuerzas armadas o los tribunales.

Un argumento muy empleado, también carente de fundamento, contra la figura del Ombudsman en países muy extensos es que se va a sentir desbordado por la enorme cantidad de trabajo. Si esto fuese así, lo único que demostraría, sería la necesidad de contar con un sistema de apelación en materias administrativas más amplio que el que ahora se da, para que así el Ombudsman sólo tenga que resolver los casos más excepcionales. Pero esto no debe servir de argumento para excluir la existencia de esta figura.

En suma, parece a todas luces evidente, después de analizar las experiencias de Finlandia y de Suecia, que la institución del Ombudsman parlamentario sirve para consolidar todo sistema democrático. En los Estados con un sistema político parlamentario, el creciente dominio que el ejecutivo ejerce sobre el parlamento, exige la creación de esta figura. Solo habrá que responsabilizar al parlamento, siempre que éste haga el nombramiento sobre presupuestos no partidistas y siempre que el poder legislativo tenga la potestad de destituirle. Más aún, su jurisdicción debería extenderse a todas las autoridades administrativas y aun a los más altos cargos del país.

LAS PRIMERAS ADAPTACIONES POSTERIORES A LA GUERRA MUNDIAL

Hemos visto cómo la implantación del Ombudsman en Finlandia fue una consecuencia natural de su larga asociación con Suecia y el resultado de haber adoptado su constitución republicana de 1919 una serie de instituciones parlamentarias. No se produjeron más adaptaciones hasta después de la segunda guerra mundial, cuando un tercer país escandinavo, Noruega, implantó una oficina del Ombudsman para las fuerzas armadas en 1952. Dinamarca estableció esta figura en su nueva constitución de 1953 y en 1955 designó al primer Ombudsman. En años sucesivos empezaron a sucederse nuevas adaptaciones: la República Federal de Alemania crea un Ombudsman militar en 1957, Noruega agregó al Ombudsman militar un Ombudsman general para la administración civil en 1962 y este mismo año Nueva Zelanda fue el primer país de la Commonwealth que instituyó esta figura.

UNA COMPARACIÓN CON EL SISTEMA ORIGINARIO

Las instituciones de un Ombudsman general implantadas en Dinamarca, Noruega y Nueva Zelanda se inspiraron claramente en los modelos originales de Suecia y Finlandia. Por más que en lo esencial son idénticos al original, se introdujeron, sin embargo, algunos cambios significativos. Y son precisamente estas nuevas versiones, y más concretamente la de Dinamarca, las que han servido de modelo para el resto del mundo. Probablemente el cambio más significativo introducido en estos tres países consistió en que no se otorgó al Ombudsman la facultad de supervisar a los tribunales. Esto ha sido debido, en parte, a que Dinamarca y Noruega no cuentan con la contrapartida del canceller de justicia y no tenían en su tradición ninguna experiencia de supervisar los tribunales. La segunda razón es que en estos países

exista ya una completa supervisión y una complicada maquinaria para la solución de las querellas en el propio sistema judicial. Un tercer motivo se basa en la idea de que un órgano del legislativo no debe supervisar los tribunales. Este inteligente planteamiento es el que ha prevalecido en Nueva Zelanda, y hasta el momento en otros muchos países. Bien es verdad que resulta difícil demostrar su lógica. El Ombudsman de Suecia no es en forma alguna partidista y es independiente de la influencia del legislativo en el tratamiento de los asuntos individuales. Supervisa la conducta de los Tribunales, pero nunca en lo que se refiere al contenido de la sentencia y sin invadir la esfera de la independencia política de los jueces. Sus actuaciones lo único que demuestran es que los jueces son seres humanos, fallibles como todos los demás. La experiencia de la Comisión para la Cualificación Judicial de California, que recibe las querellas contra los jueces, llega a la misma conclusión⁷.

Otra notable diferencia con el sistema original se encuentra en la confidencialidad de las investigaciones del Ombudsman. Ninguno de estos países había adoptado todavía el principio sueco-finés de que los documentos administrativos están a disposición del público y de la prensa. El grado de publicidad otorgado a un asunto dependía, por tanto, de la discreción del propio Ombudsman y ordinariamente no se daba ninguna publicidad del caso hasta que éste había finalizado. Se puede preguntar si era necesario mantener este grado de secretismo. Evidentemente que no sería correcto revelar los nombres de los funcionarios, a los que se había acusado ante el Ombudsman, antes de haber completado la investigación, porque se podía tratar de acusaciones falsas. De todos modos, aun donde se ha implantado el sistema sueco-finés de total transparencia administrativa, para cumplir así con el principio democrático del derecho del público a estar informado⁸, ordinariamente no se dan a conocer los nombres de los funcionarios en esas primeras fases.

Otra diferencia significativa de las nuevas figuras es que no se ha concedido al Ombudsman el poder específico de inspeccionar o auditar los contratos administrativos. A resultados de lo cual, si bien es verdad que se realizan algunas inspecciones, muy pocas son iniciadas de oficio. En Suecia una proporción muy elevada de los asuntos más graves se originan de esta manera y las recomendaciones del Ombudsman sobre los mismos producen efectos administrativos muy benéficos. Como consecuencia de eso el Ombudsman sueco actúa como un comisionado permanente de los procedimientos y de la eficiencia administrativa. Esta puede ser la razón por la que en torno al 15 por ciento de los asuntos tienen resultados positivos, mientras que en los nuevos modelos sólo se alcanza un 10 por ciento.

Otras diferencias se cifran en que en los proyectos más recientes, el Ombudsman no cuenta con la facultad de procesar a los funcionarios y que en Dinamarca y en Noruega no se le ha permitido criticar el acierto y el contenido de una resolución administrativa, sino sólo la corrección del procedimiento por el que se tomó esa resolución. Pero estas diferencias no son muy significativas. En los nuevos proyectos, el Ombudsman puede ordenar o recomendar un procesamiento. En los más antiguos y en Nueva Zelanda el Ombudsman critica muy pocas veces la substancia de la

resolución porque está convencido de que en ese tipo de materias su juicio no debe suplantar al de los responsables administrativos. Como es muy fina la línea de demarcación que separa el contenido de una resolución del procedimiento por el que se ha tomado, los daneses le han dado con todo acierto al Ombudsman la oportunidad de intervenir, cuando así lo estime conveniente, empleando una fórmula muy vaga que limita sus poderes. El puede enfrentarse a una resolución, si la estima «poco razonable». La Ley noruega limita sus poderes un tanto más, al establecer que la resolución debe ser «claramente poco razonable». La Ley de Nueva Zelanda, ha ido, sin embargo, demasiado lejos en la otra dirección, al permitirle actuar si el simplemente estima que la resolución es «equivocada».

También hay que poner de relieve que en los nuevos proyectos se ha preferido establecer un único Ombudsman, mientras que en Noruega al primer Ombudsman militar se le añadió posteriormente el Ombudsman general. Nueva Zelanda desistió también de la idea de contar con una única figura, cuando en 1976 instauró uno para la administración local y estableció tres Ombudsmen, a uno de los cuales se le asignó el cargo de Ombudsman principal. Sin embargo, a partir de 1980 sólo existen dos Ombudsmen, uno de los cuales está encargado de supervisar el gobierno local.

LOS PROYECTOS EN MARCHA

Parece que los tres primeros proyectos del sistema de Ombudsman que fueron trasplantados, han funcionado con un éxito total. Como se había previsto que sólo hubiese un único Ombudsman, su éxito dependía en gran medida de los antecedentes y la personalidad del primer Ombudsman que se nombrase para el cargo. Se designó a eminentes juristas con gran conocimiento del derecho administrativo y fueron sucesivamente reelegidos al final de su mandato de cuatro años. Un claro ejemplo lo encontramos en el parlamento danés que eligió como primer defensor del ciudadano al hombre que había propiciado con más ahínco la creación de esta figura cuando se aprobó la nueva constitución de Dinamarca, el eminente profesor de derecho Stephan Hurwitz. Fue constantemente reelegido hasta que se jubiló y fue sustituido en 1971 por Lars Nielsen, antiguo Director de la Administración Penitenciaria. De modo similar, en Noruega y en Nueva Zelanda quedaron muy satisfechos del nombramiento del primer Ombudsman. En Noruega, cuando fue derrotado en 1963 el gobierno socialista después de veinte años en el poder, el nuevo parlamento reeligió para su segundo mandato a Andreas Schei el primer Ombudsman para asuntos civiles. En Nueva Zelanda, poco tiempo después del nombramiento de Sir Guy Powles, su cargo fue el único de rango superior para el que una comisión encargada de establecer los salarios para los funcionarios recomendó un incremento de su retribución.

Durante su primer año de mandato, el profesor Hurwitz recibió 860 quejas, algunas de las cuales provenían de gente chiflada o alborotadora, aunque no en la cantidad que se temía. De las quejas estrictamente dichas, muchas de ellas no caían dentro de sus competencias, como por ejemplo las que se referían a los jueces y a los tribunales, que fueron remitidas a la autoridad competente. Otros asuntos no

7. STANLEY V. ANDERSON, ed., *Ombudsmen for American Government?*, op. cit., cap. 5.

8. Ver mi «The Right to Government Information in Democracies», *International Review of Administrative Sciences* 1 (1982), 59-69. Resumen de una conferencia dada en un Simposio sobre la libertad de información organizado por el periódico Asahi, de Tokio en 20 de mayo de 1981.

tenían la entidad suficiente como para abrir una investigación seria. El profesor Huzwiz con un equipo de diez personas, de las que cinco eran abogados, pronto logró tamizar las 869 quejas, dejándolas en 439, sobre las que se hizo una completa investigación. Conforme iba siendo más conocida la institución, iban creciendo paulatinamente el número de quejas, que actualmente han llegado a unas 1400 cada año. Pero la dificultad que tienen el Ombudsman y su equipo para decidir cuáles son los casos que requieren una investigación minuciosa, ha producido una disminución de las investigaciones.

La experiencia de casos tratados por estos tres sistemas trasplantados ha sido muy similar y muy parecida a los de Suecia y Finlandia. En proporción con la población, el número y tipo de quejas (si exceptuamos, desde luego, las quejas contra los tribunales) y el número que han requerido una acción por parte del Ombudsman, son aproximadamente los mismos. Estos tres países no tienen una gran población, ya que va de los tres a los cinco millones, y cada Ombudsman recibe unas 1500 quejas por año. Una tercera parte de ellas cae fuera de la jurisdicción del Ombudsman y una gran mayoría de las restantes están injustificadas. Pero aproximadamente un 10 por ciento del total aparecen como justificadas, por lo que el Ombudsman emprende la acción adecuada para satisfacer la queja y mejorar la eficacia de la Administración en lo sucesivo.

Antes de que se instaurasen definitivamente estos proyectos trasplantados, concretamente en Dinamarca, los funcionarios se opusieron duramente a estas propuestas, por temor de sentirse hostigados por el Ombudsman y la opinión pública. Posteriormente, cambiaron rápidamente su actitud al ver que, al rechazar el Ombudsman todas las quejas injustificadas, el público aumentó su confianza en los servicios públicos. Y llegaron a convencerse que el Ombudsman era una buena salvaguarda de las reclamaciones que ellos hacían contra sus superiores.

El hecho de que no ha sido necesario someter a revisión los primeros planteamientos es una prueba inequívoca de que ha funcionado con éxito. De hecho, la única modificación que se ha introducido, ha sido la de extender la jurisdicción del Ombudsman a la administración de los entes locales, de modo similar a como se ha hecho en los antiguos sistemas.

TIPOS DE CASOS EN DINAMARCA

La naturaleza de los asuntos que ha tenido que investigar el Ombudsman de Dinamarca pone de relieve la gran variedad de quejas de los ciudadanos, que tienen su origen en la actividad desarrollada por los modernos estados y la necesidad que había de esta institución. Motivos más que suficientes para este tipo de quejas se producen también a diario en otros países, lo que sucede es que nunca llegan a ver la luz del día. Son ejemplos típicos la queja de un paciente mental que no ha dado pleno consentimiento a un tratamiento de shock o a una operación de cerebro, a las que se ha visto sometido, que una mujer anciana ha sido arrestada a media noche por la policía que no le ha permitido vestirse apropiadamente; que la policía se ha negado sin justificación alguna a quitar de sus archivos las fotografías y las huellas

dactilares de un querellante que ya había sido absuelto. El Ombudsman ha tenido la oportunidad de visitar también por propia iniciativa y hacer un informe sobre las condiciones de vida de las prisiones y otros centros penitenciarios, así como dar a los internos la oportunidad de hablar con él sin que estuviera presente ningún funcionario.

Además de casos como esos, en los que entra en juego directamente la libertad personal, ha habido quejas sobre materias no tan graves y problemas tan variopintos, como el de una mujer que viajaba en un autobús de una empresa pública y fue insultada por el conductor por haber objetado con todo derecho a que otros pasajeros fumasen. El resultado de la investigación fue que las autoridades obligaron al conductor a pedir perdón y éste prometió exigir la prohibición de fumar en el autobús.

Como era de esperar, un buen número de las quejas de tono menor versaban sobre las demoras injustificadas por parte de los organismos oficiales. El Ombudsman actuó con firmeza en esta materia, reclamando que se redujese el tiempo necesario para resolver estos asuntos. Un ejemplo concreto es el del Servicio de Reclamaciones Tributarias danés, que fue criticado en los periódicos por la lentitud de sus operaciones, por lo que el Ombudsman investigó sus procedimientos de actuación y propuso los cambios que era deseable introducir.

Otro de los casos típicos se centra en los fallos de la administración para dar una adecuada información al ciudadano, tanto sobre el estado en que se encuentra actualmente su asunto, como en el derecho a presentar un recurso, o las razones por las que se ha tomado una resolución. Por ejemplo, se quejaba un ciudadano de que no había tenido respuesta a la petición que había hecho para obtener una licencia a la dirección de aduanas. Resultó que el motivo para no concedérsela era que el departamento, reconsiderando la reglamentación sobre estas materias, había decidido no conceder más licencias hasta que se hubiese aprobado la nueva normativa. El defensor del ciudadano dictaminó que el departamento debía haber informado al ciudadano de estos extremos. De modo análogo, mantuvo que el ministerio de comercio tenía la obligación de haber comunicado al solicitante que el motivo por el que el ministro retrasaba su respuesta se debía a que estaba preparando una nueva normativa sobre el tema en cuestión.

En otro caso, un solicitante estaba desesperado porque no tenía respuesta a una carta enviada a la comisión de accidentes laborales. Cuando el Ombudsman recibió su queja, éste mantuvo que la tal comisión debía haber tomado la carta como un recurso de apelación y tendría que haberla remitido al Ministerio de Asuntos Sociales, encargado de tales apelaciones. En todo caso el reclamante tenía que haber sido informado del derecho que le asistía a apelar. De forma similar, el Ombudsman recombinó a la dirección de impuestos, por haber decidido sobre un caso que perjudicaba al reclamante, sin haber dado a éste la menor oportunidad de exponer el asunto.

Otro procedimiento típico recoge los casos de parcialidad o prejuicios en la acción de los funcionarios administrativos. Después de hacer una investigación sobre el tema, el Ombudsman recomendó ciertos cambios en la legislación impositiva para impedir que los mismos funcionarios de hacienda tuvieran que resolver determinadas apelaciones que en primera instancia habían resuelto de forma distinta.

Ejemplos de este género no son exclusivos de Dinamarca y pueden resultar familiares a muchos ciudadanos de otros países.

CASOS SENCILLOS DE NUEVA ZELANDA

Con el fin de dar al lector una somera impresión de cómo actuó el Ombudsman de un país que ha heredado el sistema parlamentario y el derecho común británico, se presentan a continuación algunos casos típicos producidos en Nueva Zelanda. Están todos recogidos del informe anual del Ombudsman, donde se expone un centenar de casos, referentes a distintos ministerios y departamentos. Muchos de ellos nos tocan la cuerda más sensible del alma, porque fácilmente podían haber sucedido en cualquier otro país.

SUPERVISIÓN DE LA POLICÍA

Los demandantes de este asunto eran un padre y un hijo. El padre que era un alto cargo de la zona, expresó su indignación sobre la forma como había sido interrogado su hijo por el jefe de policía. En particular se quejaba de ciertos comentarios que había hecho el jefe de policía a su hijo y del hecho de que el interrogatorio hubiera tenido lugar en una gran sala donde estaban trabajando otros miembros del cuerpo que podían oír todo fácilmente.

Después de estudiar los archivos oficiales, llegué a la conclusión de que la policía tenía motivos suficientes para haber interrogado al hijo sobre una conducta determinada, que había levantado sospechas en la policía, pero de todos modos consideré claramente incorrectos, tanto los comentarios hechos por el jefe de policía, como la naturaleza semipública del interrogatorio.

Una vez presentados mis puntos de vista al departamento, éste reconoció que debería hacerse una amonestación.

Informé a los demandantes de acuerdo con esto y posteriormente recibí una carta de agradecimiento del padre y del muchacho.

CONFLICTO DE INTERESES

Una fotógrafo profesional se quejó de que el chófer de un coche oficial se había aprovechado de las oportunidades que le brindaba su puesto para conseguir un segundo empleo como fotógrafo profesional y vendedor de fotografías, postales y souvenirs.

La querellante aducía que todo eso llevaba a una competencia desleal y dañaba sus propios intereses. A lo largo de la investigación, empecé a caer en la cuenta de que el marido de la querellante era también chófer de un coche oficial y según iba avanzando mi investigación, me pecaí de que la mujer del chófer contra el que se había dirigido la primera queja, también había presentado una reclamación contra las actividades comerciales del marido de la querellante.

Como resultado de mi investigación, ambos conductores fueron requeridos por el Ministerio donde trabajaban (de ferrocarriles) que les hizo prometer que abandonarían esas actividades comerciales, cursándose una instrucción general en los mismos términos a todos los demás conductores de turismo.

AYUDAS AL DESEMPLEO

La reclamante, que se encontraba en el paro, se quejaba de que los funcionarios de la oficina local del Ministerio de Trabajo no le habían proporcionado la información al res-

pecto, asesorándole sobre sus derechos a obtener un subsidio de desempleo, por lo que había tenido que padecer estrecheces económicas.

Cuando planteé el tema ante el Ministerio, caí en la cuenta de que se habían producido mal entendidos por ambas partes. El asunto fue solucionado y el Ministerio accedió a recomendar al Ministerio de la Seguridad Social que hiciese un abono retrospectivo que cubriese todo el periodo de desempleo.

Así se hizo y la Comisión de la Seguridad Social posteriormente acordó abonarle el seguro de desempleo.

La querellante después de recibir la ayuda concedida, volvió a presentar una queja, alegando esta vez que se le abonaba una ayuda correspondiente sólo a una parte de su periodo de desempleo. Le expliqué que esta ayuda no se concede normalmente respecto a los primeros siete días del periodo de desempleo y que este periodo se computa a partir de la fecha en que se ha dejado de percibir el salario, incluida la paga de vacaciones.

EXTRANJEROS DEPORTADOS

El Ministro de Emigración había ordenado que fuera deportado un inmigrante, sin los debidos permisos, que estaba casado con una chica de Nueva Zelanda. La esposa y el padre de ésta recurrieron con todo género de razonamientos, basados en duras motivaciones de tipo personal, después de que resultaron inútiles sus reclamaciones al Ministro.

Como la orden era totalmente legal de acuerdo con la firme política del gobierno, decidida personalmente por el ministro, el tema estaba fuera de mi jurisdicción y lo único que podía recomendar a la mujer es que si ella, como consecuencia de esta orden, se encontraba en circunstancias desastrosas, podía acudir a la oficina local del Ministerio de la Seguridad Social.

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

Esta queja se refería al mal estado en que se encontraban ciertas viviendas de protección oficial de una zona residencial. El querellante alegaba que el mal estado en que se hallaban las citadas propiedades hacía que se devaluasen otras propiedades de la zona.

El departamento (de Ferrocarriles) me comunicó que se habían comprado esas casas en la misma operación en que se habían adquirido unos terrenos que se iban a destinar a los ferrocarriles pero no para que se construyeran allí viviendas de anquilados. Cuando se compraron, ya eran casas muy antiguas y en estado de ruina que se hubiesen demolido, a no ser porque había gran escasez de viviendas. La mayoría de estas casas se alquilaban con la advertencia de que se trataba de un arrendamiento «restringido», comprometiéndose los ocupantes a su mantenimiento.

Debido al hecho de que se debían demurrir esas viviendas en el plazo de unos años para que pasase el tren por esos terrenos, el Departamento estimó que no compensaba económicamente su remodelación, aunque en ese momento aceptó hacer algunas reparaciones menores y revocar la fachada, e informó a los inquilinos que tenían la obligación de mantener las viviendas limpias y aseadas, de forma que se lograra un razonable nivel de buena apariencia externa.

Por mi parte, comuniqué esta información a los reclamantes.

PAGOS DE ATRASOS

El querellante había tenido dificultad en lograr que se le pagase una substancial suma de atrasos de su remuneración que creía le había prometido el Departamento (Marítimo). Necesitaba con urgencia esa cantidad de dinero para hacer frente a una obligación familiar. Rogué al jefe del departamento que se interesase por el asunto y dio las órdenes oportunas para que se abonase inmediatamente.

ADUANAS

El reclamante era padre de un ciudadano de Nueva Zelanda, que estaba de servicio en una estación marítima de las Fuerzas Aéreas Reales. Unos meses antes de abandonar Nueva Zelanda y ante la expectativa de pasar unos días en tierra, el hijo envió a su padre varios cajones con sus efectos personales. El padre fue informado por los agentes de aduanas que no le estaba permitido retirar los paquetes y tenía que pagar 6 chelines semanales por almacenaje.

El Departamento de Aduanas informó que los agentes habían intentado liquidar la cuenta de los bultos, aplicándole la tarifa especial de equipaje y efectos personales de pasajeros y almacenar, mientras tanto, las mercancías hasta que llegara su propietario.

Como estaba patente que el problema se había producido por la falta de entendimiento y de correcta información entre el reclamante, su hijo y el Agente de Aduanas, se pidió al contrador de Aduanas de Auckland que explicase con toda exactitud al reclamante cómo se podía hacer la liquidación de las mercancías (incluyendo la cantidad requerida por el depósito que podía estar sujeta a impuestos), hasta que llegara el hijo. Al reclamante le pareció bien la solución y retiró los bultos de la aduana.

DERECHOS DE LOS VOTANTES

Un ciudadano adulto de Nueva Zelanda no había logrado empadronarse en las listas electorales, cuando cumplió los 21 años y estuvo ausente de su circunscripción durante el periodo en que se celebraron dos elecciones legislativas.

En esas dos elecciones votó en calidad de ausente, pero no cayó en la cuenta de que sus votos se habían computado como inválidos, hasta que no empezó a investigar en su distrito electoral después de que ya se habían cerrado las listas para las nuevas elecciones. Entonces se enteró de que, como él nunca había estado empadronado, sus votos anteriores habían sido computados como inválidos, y que no podía votar en esas elecciones. Sostenía que todo votante, cuyo voto había sido considerado inválido, tenía que haber sido informado del hecho, de forma que pudiera corregir su error antes de iniciarse el siguiente periodo electoral.

Gracias a mi investigación quedó patente que era una práctica normal por las Juntas Electorales realizar las gestiones pertinentes para empadronar a aquellas personas que habían emitido un voto especial, pero cuyos nombres no aparecían en las listas electorales ordinarias. Parece que no se habían seguido las instrucciones en esto particular en ninguna de las ocasiones en que el querellante había emitido ese voto especial.

En consecuencia el Presidente de la Junta Electoral obligó a los Funcionarios de los Colegios electorales y oficinas del censo que prestasen más atención a las instrucciones y el Ministerio de Justicia declaró que había que reconsiderar la idea de anular las regulaciones electorales para asegurar que un votante especial, cuyo voto fuera rechazado, fuese adecuadamente informado del hecho.

UN FUNCIONARIO

El querellante, que había cumplido ya los 65 años, había estado trabajando como contratado temporal durante casi 10 años en los servicios de la administración pública. Aunque a los empleados más jóvenes se les concedía 15 días de permiso después de 5 años de servicio, a él le concedieron sólo 10 días y la solicitud, en la que pedía 15 días, había sido rechazada.

Cuando acometí el asunto, la Comisión de los Funcionarios Públicos reconoció que el querellante tenía derecho a esos 15 días según la legislación vigente sobre los permisos anuales y así se lo comuniqué al reclamante.

El caso hizo que la Comisión cayese en la cuenta de la disparidad que existía entre el Manual de Instrucciones sobre permisos anuales y las leyes de rango superior, según las cuales se había hecho la edición del Manual.

Lo más sorprendente de estos casos es el papel del Ombudsman en la humanización de la Administración. Consigue desempeñar esta función haciendo de puente y canal de comunicación entre el ciudadano y el gobierno, los funcionarios y los ministerios. No sólo se remedian los agravios, sino que se reduce la posibilidad de que se vuelvan a repetir.

EL OMBUDSMAN MILITAR DE LA R.F. DE ALEMANIA

El semanario alemán *Quick*, similar al *Life* americano, en su edición del 21 de junio de 1961, explicaba el motivo, por el que los *Beattles* no iban a visitar la República Federal de Alemania y por vez primera publicaba con sensacionalismo tres artículos que criticaban duramente el ejército de Alemania Federal. Según el articulista el ejército se estaba convirtiendo en un estado dentro del Estado y corría peligro de resucitar el espíritu autoritario de los ejércitos prusianos y nazi. Todo eso, según diciendo el artículo, era una violación directa de los principios democráticos que se suponía eran el fundamento del nuevo ejército alemán. El reportaje incluía también una lista de extraños casos de autoritarismo en el ejército que habían tenido un eco resonante en Alemania durante los últimos meses.

Uno de esos casos se refería a un joven oficial, que se enfadó de tal manera con un recluta que no disparó bien su fusil, que terminó disparando él 48 tiros perfectamente. Seguidamente para que el soldado se aprendiese bien la lección, le golpeó 48 veces. En otro caso, ciertos oficiales que querían curir a sus 150 soldados, les hicieron subir al piso superior del cuartel y les expusieron a gases lacrimógenos y a hacer de blanco al juego de las ametralladoras. Aún más, un soldado paracaidista, que se suponía, que tenía que hacer de vigilante con toda atención, volvió la cabeza para ver a una chica que pasaba por allí. El castigo consistió en que le dieran un buen número de empujones sobre el filo bien afilado de una bayoneta. Pero el suceso central, que provocó todas estas noticias, fue una marcha de entrenamiento a que se vieron sometidos algunos soldados rasos en un día de mucho calor. En la marcha que tuvo diez millas de recorrido, un joven murió de cansancio.

Los artículos de *Quick* provocaron la rabia del público. Gran parte de la controversia tuvo su origen en la autoridad y prestigio de su autor, el Vicealmirante Helmut Heye.

El gobierno de Erhard no pudo ceder tierra encima, como si se tratase de un periodista que buscara publicidad metiéndose contra el ejército. Heye era el Ombudsman militar alemán, es decir el Comisionado Parlamentario para asuntos militares, un organismo especial que había sido designado por el parlamento para supervisar el comportamiento de las fuerzas armadas.

Coincidió que yo me encontraba en Bonn cuando salió la historia a la luz pública, por lo que me interesé directamente en el tema. Ya había estado estudiando esta figura del Ombudsman en Escandinavia y Nueva Zelanda y acababa de publicar un libro con una serie de capítulos que propiciaban la aplicación de la figura del Ombudsman en el mundo de habla inglesa. Estaba ansioso de obtener información de primera mano sobre el Ombudsman militar alemán y después de *Quick*, toda la prensa se dedicó a dar todo género de noticias sobre el Vicealmirante Heye, su cargo y sus acusaciones. Paralelamente se levantó una controversia sobre la oportunidad de que el Ombudsman parlamentario hubiese publicado su artículo en un semanario popular, en vez de haberlo hecho en su informe al Parlamento. Fue llamado a declarar por el Dr. Gesterbauer, Presidente del Bundestag, la cámara baja del parlamento alemán, quien en una rueda de prensa había criticado en público su actitud y tanto Heye como su primer adjunto, fueron llamados a declarar ante la comisión parlamentaria.

El segundo acto fue la publicación de un reportaje de 13 páginas que apareció en la edición del semanario *Der Spiegel* con la foto del Vicealmirante en la página de cubierta. *Der Spiegel* equivale en Alemania al *Time* americano y de hecho tienen muchos puntos en común, excepto que se ha erigido por decisión propia en guardian del gobierno y de la democracia alemana.

Quizá recuerden las lecturas que un año antes de esto se había producido el asunto *Der Spiegel* en el que sus editores habían sido acusados por el Ministro de Defensa Strauss de haber publicado una información considerada como secreto oficial y que uno de los editores había sido encarcelado. La tormenta que se levantó con este asunto provocó la caída del ministro que tuvo que dimitir, y aceleró la dimisión de Adenauer. No es de extrañar que *Der Spiegel* decidiera afrontar las acusaciones del Ombudsman militar y sus acciones con un talante de simpatía hacia sus posturas. Entre las múltiples noticias se incluye una historia de la institución del Ombudsman, un reportaje sobre la persona del propio Heye, parte de su informe al parlamento y una entrevista con un alto cargo del ministerio de defensa, en la que respondía a las acusaciones del Ombudsman.

II. HISTORIA DE LA OFICINA

Quizá la característica más interesante de todo el caso Heye es que no se habría abierto una controversia tan amplia sobre los principios que fundamentan la organización militar en un sistema democrático, si no hubiese existido un Ombudsman militar. Se instauró este cargo cuando se creó el nuevo ejército alemán en 1956. Su finalidad era mantener el control parlamentario sobre el ejército y garantizar que las fuerzas armadas se comportasen según los valores del nuevo espíritu democrático

del ciudadano con uniforme. Se configuró según el modelo de Suecia y fue propuesto en la República Federal de Alemania por un miembro del grupo socialista y aprobado a regañadientes por el grupo demócrata-cristiano, que entonces se encontraba en el gobierno, con el propósito de ganar la confianza de los socialistas en la votación de las enmiendas que había que hacer en la Constitución para establecer el ejército en la República. Después de que se aprobó esta enmienda en 1956, pasó un año hasta que se aprobó la ley que establecía el Comisario Parlamentario para asuntos militares. Pasó otro año y medio hasta que se pudo encontrar la persona idónea, de forma que no empezó a funcionar el organismo hasta 1959.

De acuerdo con la Constitución este peculiar órgano del parlamento tiene el poder de supervisar la conducta de las fuerzas armadas y proteger los derechos de los soldados. Uno de los rasgos característicos de este organismo, copiado del análogo existente en Suecia, es que puede recibir las quejas directamente de los soldados sin ninguna graduación sobre la forma en que les tratan sus oficiales superiores. Una vez recibida la queja, el Ombudsman tiene la facultad de investigar sobre ellos a cualquier nivel de las fuerzas armadas o del ministerio de Defensa y comprobar los archivos y documentos más importantes. Puede también por propia iniciativa visitar de oficio la tropa, la oficialidad y los servicios administrativos de las fuerzas armadas, si hay noticias de que se ha violado algún derecho de los soldados. Tiene la obligación de enviar su informe por lo menos una vez al año sobre sus actividades y las quejas que ha recibido, así como hacer recomendaciones para mejorar las condiciones de vida con que se ha encontrado.

El primer Ombudsman militar designado por el parlamento fue un antiguo Teniente General, Helmut von Grolman. Su primer informe, elevado al parlamento en 1960, fue un tanto crítico de las condiciones que se daban en el ejército. Los que se oponían a la existencia de esta figura arguyeron diciendo que había sido excesivamente negativo y propusieron que se aboliese del todo esta nueva institución o se redujesen las competencias del Ombudsman. En julio de ese año se vio obligado a presentar la dimisión a causa de un escándalo en su vida privada.

Helmut Heye no fue nombrado hasta finales de 1961. Su primer informe no resultó nada polémico, pero el segundo ya fue más crítico. Pero como ni los miembros del parlamento ni la prensa prestaron excesiva atención a su informe, el Ombudsman Heye se sintió en la obligación de dar más publicidad a las conclusiones de su tercer informe. Quienes se oponían a él adujeron que sólo había pasado una semana desde que su informe había sido presentado al parlamento, antes de que apareciera su primer artículo en *Quick*. Estaba claro, decían, que no tenía intención de dar una oportunidad a los miembros del parlamento para estudiar sus conclusiones y analizar las recomendaciones hechas en el informe antes de darlas a la opinión pública. El hecho de publicar ese artículo era una especie de cebo en el que cayó el gobierno, el ministerio de defensa y otros para desviar la atención del problema central: «¿Estaba volviendo el ejército alemán a las viejas actitudes autoritarias?» La independencia de la institución del Ombudsman y su poder para investigar las condiciones existentes hasta en los niveles más ínfimos, sugerían que tenía que haber gran parte de verdad en las acusaciones de Heye.

Esta postura se veía reforzada por el carácter del propio Heye. Durante la segunda guerra mundial había mandado una pequeña tropa de comandos de torpedos y de submarinos. Durante los años treinta había sido suficientemente audaz como

para enviar un memorándum a su jefe superior, manteniendo que la Alemania nazi era muy semejante al régimen totalitario de la Rusia comunista. También había avisado que los planes que propugnaba Hitler desde su cuartel para atacar Checoslovaquia y Polonia desembocarían en una guerra mundial que sólo podría terminar en un desastre para Alemania, y que la guerra ni era justa, ni necesaria. Asimismo se había atrevido a criticar duramente los métodos que empleaban los nazis para organizar y entrenar las fuerzas armadas. Aun en esos primeros momentos había ya sugerido que era más necesario contar con personas que pensasen por sí mismas, dado que tenían que manejar armas muy modernas, que tener un equipo de autómatas sumisos y obedientes.

Después de la guerra se hizo miembro del partido Demócrata-cristiano, el partido mayoritario, y en 1953 fue elegido parlamentario, es decir que mantuvo hasta 1961, en que fue derrotado por un candidato del partido Socialista, el SPD. Aun durante este período de tiempo no fue un compañero fácil para los otros miembros del CDU. Por ejemplo en 1953, en presencia del canciller Adenauer, criticó los planes que tenía el partido Demócrata-cristiano para el nuevo ejército con tal vehemencia que Adenauer furioso tuvo que abandonar la sala. Debido a este estilo independiente que adoptaba él dentro de su propio partido, cuando fue designado Ombudsman militar en 1961, el SPD, que entonces era el principal partido de la oposición, también corrobó su nombramiento.

CONSECUENCIAS DEL ASUNTO HEYE

La historia del Vicealmirante Heye es una clara demostración de su independencia de espíritu. Sospecho que él estaba preparado para la tormenta que iban a desencadenar sus acusaciones y el hecho sin precedentes de publicarlas en una revista popular. Justificó su acción sosteniendo que las afirmaciones aparecidas en su artículo estaban recogidas en el informe anual al parlamento y que sus comentarios en su informe anual no hubiesen tenido impacto alguno, si no los hubiese publicado en una revista. Sin género de dudas, sus anteriores informes al parlamento no habían causado ninguna conmoción, mientras que sus artículos periodísticos levantaron un gran debate en todo el país sobre los principios y los procedimientos que debían presidir la organización de un moderno ejército democrático. Asimismo provocaron discusiones sobre el problema, no sólo en el parlamento y en los periódicos, sino dentro del propio ejército desde los niveles más bajos hasta los más altos. No es fácil encontrar solución a este problema en un país democrático, por causa de la naturaleza jerárquica de la autoridad militar heredada de siglos. Por más que la República Federal de Alemania había hecho un gran esfuerzo para organizar su ejército sobre unas nuevas bases democráticas, sin embargo se encontraron con que no disponían de oficiales de medio y alto rango, en el grupo de edad de 40 a 50 años, que comprendiesen y simpatizaran con los principios que ahora había que aplicar. A resultas de lo cual, Alemania tuvo que confiar los puestos de más alta graduación a algunos de los antiguos oficiales del ejército nazi. De otro lado la gran mayoría de los oficiales de mayor graduación estaban de acuerdo con los puntos de vista de Heye

en el sentido de que se corría el peligro de perder el primer entusiasmo de crear un ejército ciudadano, que el ejército se estaba separando de la sociedad y que se estaba vertiendo en sus filas el autoritarismo.

No cabe duda que la extraña actuación del Ombudsman militar había producido en esos momentos los resultados deseados por todos. Obligó al parlamento y más en concreto al gobierno a revisar su política sobre el ejército. Es muy significativo que pocos días después de la publicación del artículo, el gobierno anunciase que iba a nombrar Inspector General de las Fuerzas Armadas al General Maizière, un entusiasta defensor del principio de un ejército de ciudadanos con uniforme. Este hombre había sido uno de los primeros inspiradores del proyecto conocido con el nombre de «principios de dirección interna» del ejército, un conjunto de modernos principios que buscaban definir el papel de las fuerzas armadas en la sociedad y de los oficiales en relación con sus subordinados. La postura del Ombudsman probablemente contribuyó a fortalecer al parlamento frente al todopoderoso ejecutivo. El hecho de que forzase un debate de tal envergadura fue una señal inequívoca de la salud democrática de la República Federal de Alemania.

Tampoco se debe exagerar la gravedad de las acusaciones de Heye. Es muy cómodo para los extranjeros pensar que el ejército de la República Federal de Alemania no se diferencia de los antiguos ejércitos nazis o prusianos. Pero no hay que olvidar que en 1956 se hicieron serios esfuerzos para lograr un ejército auténticamente democrático. Se trataba de un nuevo ejército sometido a una nueva constitución y con un conjunto de nuevos principios. Las discusiones que tuvieron lugar en Alemania sobre los principios y las actitudes que debían tener los oficiales de un ejército democrático, ponen de relieve la sincera preocupación que tenían sobre la naturaleza de la vida militar. Las acusaciones del Ombudsman fueron en sí mismas una espectacular prueba de esta preocupación.

EL VALOR DE UN OMBUDSMAN MILITAR

Se dan razones más que suficientes para argüir que la instauración de un Ombudsman militar en la República Federal de Alemania y la controversia que se originó, demuestran una situación más saludable que la de otros países democráticos, donde no se presta atención a la naturaleza autoritaria de sus fuerzas armadas. En todos los países se enfrentan con el problema, que se ha hecho más agudo conforme han ido creciendo los ejércitos modernos después de la guerra, de cómo garantizar el control civil de las fuerzas armadas y cómo defender los derechos de los ciudadanos cuando se alistan en el ejército. De todos modos, casos de crueldad militar o de arbitrariedad también se producen en otras democracias, sin excluir a Gran Bretaña, Canadá y Estados Unidos. Sin embargo en países en los que no existe el Ombudsman, estos casos no salen fácilmente a la luz pública. La creación de este organismo del Ombudsman militar es un paso significativo del interés por resolver estos problemas.

Una seria dificultad, con la que se encuentra el soldado raso en la necesariamente jerárquica y autoritaria organización de las fuerzas armadas, es que no le resulta

nada fácil dar a conocer sus quejas. Si intenta saltarse los canales establecidos es muy posible que se vea reprimido desde las esferas superiores. El organismo del Ombudsman militar tiene la ventaja de ofrecer una autoridad independiente a la que se puede acudir. Además de la notable función de poder plantear una grave cuestión política, como la planteada por Heye, el organismo resulta de incalculable valor para investigar y resolver las quejas injustas y de un tratamiento incorrecto por parte de los oficiales militares. En 1980, por ejemplo, el Ombudsman militar de Alemania recibió casi 7.000 peticiones y reclamaciones de todo tipo, muchas de las cuales resultaron justificadas. Si alguien piensa que el caso de Alemania es especial en este aspecto, no hay que olvidar que hasta 1968 el Ombudsman militar especial de Suecia había tratado unos 650 asuntos cada año, mientras que el de Noruega tuvo unos 300 casos. Estas cifras son aproximadamente proporcionadas al tamaño de los ejércitos en los correspondientes países.

Nos tenemos, por tanto, que preguntar si Escandinavia y la R.F. de Alemania no han instaurado una importante nueva institución, precisamente para ayudar a mantener el ejército bajo control y evitar que se conviertan en claramente autoritarios en su organización interna. En muchos países se ha discutido ampliamente la idea de un Ombudsman para asuntos civiles, pero no se ha insistido en plantear la necesidad de un mecanismo de resolución de las quejas en las fuerzas armadas. Esto se puede lograr bien ampliando la jurisdicción del Ombudsman civil a las fuerzas armadas, como en Suecia, Finlandia, Dinamarca y Nueva Zelanda, bien creando un Ombudsman especial para el ejército, como en Alemania, Noruega y, más recientemente, en Israel. La necesidad de este mecanismo en todos los países lo demuestra el hecho de que el comisionado para quejas militares de Israel, que se estableció en 1972, recibe unas 10.000 quejas cada año.

3. Disposiciones de la Constitución Española relativas al defensor del pueblo

DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA REFERIDAS AL DEFENSOR
DEL PUEBLO.

(Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 1978)

ARTÍCULO 54.

Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

ARTÍCULO 70.

1. La ley electoral determinará las causas de ineligibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso:

...

c) Al Defensor del Pueblo.

ARTÍCULO 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de Amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.



2892583

4. Ley Orgánica del Defensor del Pueblo

LEY ORGÁNICA 3/1981, DE 6 DE ABRIL (JEFATURA DE ESTADO), DEL
DEFENSOR DEL PUEBLO

(Boletín Oficial del Estado número 109, de 7 de mayo de 1981).

DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica.

TÍTULO PRIMERO

NOMBRAMIENTO, Cese Y CONDICIONES

CAPÍTULO PRIMERO

CARÁCTER Y ELECCIÓN

ARTÍCULO 1º.

El Defensor del Pueblo es el alto comisionado de las Cortes Generales designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución, a cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Ejercerá las funciones que le encomienda la Constitución y la presente Ley.

ARTÍCULO 2º.

1. El Defensor del Pueblo será elegido por las Cortes Generales para un periodo de cinco años, y se dirigirá a las mismas a través de los Presidentes del Congreso y del Senado, respectivamente.

2. Tanto en el Congreso como en el Senado se designará una

Comisión encargada de relacionarse con el Defensor del Pueblo e informar al Pleno en cuantas ocasiones sea necesario.

3. Ambas Comisiones se reunirán conjuntamente cuando así lo acuerde el Presidente del Congreso, y en todo caso y bajo su presidencia, para proponer a los Plenos de las Cámaras el candidato o candidatos a Defensor del Pueblo.

Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría simple.

4. Propuesto el candidato o candidatos, se convocará en término no inferior a diez días al Pleno del Congreso para que proceda a su elección. Será designado quien obtuviese una votación favorable de las tres quintas partes de los miembros del Congreso y posteriormente, en un plazo máximo de veinte días, fuese ratificado por esta misma mayoría del Senado.

5. Caso de no alcanzarse las mencionadas mayorías, se procederá en nueva sesión conjunta de ambas Comisiones, y en el plazo máximo de un mes, a formular sucesivas propuestas. En tales casos, una vez conseguida la mayoría de los tres quintos del Congreso, la designación quedará realizada al alcanzarse la mayoría absoluta del Senado.

6. Designado el Defensor del Pueblo, se reunirán de nuevo en sesión conjunta las Comisiones del Congreso y del Senado para otorgar su conformidad previa al nombramiento de los adjuntos que le sean propuestos por aquel.

ARTÍCULO 3º.

Podrá ser elegido Defensor del Pueblo cualquier español mayor de edad que se encuentre en el pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos.

ARTÍCULO 4º.

1. Los presidentes del Congreso y del Senado acreditarán conjuntamente, con sus firmas, el nombramiento del Defensor del Pueblo, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado".

2. El Defensor del Pueblo tomará posesión de su cargo ante

CAPÍTULO TERCERO

PRERROGATIVAS E INCOMPATIBILIDADES

ARTÍCULO 6.

1. El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio.

2. El Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo.

3. En los demás casos, y mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Las anteriores reglas serán aplicables a los Adjuntos del Defensor del Pueblo en el cumplimiento de sus funciones.

ARTÍCULO 7.

1. La condición de Defensor del Pueblo es incompatible con todo mandato representativo; con todo cargo político o actividad de propaganda política; con la permanencia en el servicio activo de cualquier Administración Pública; con la afiliación a un partido político o el desempeño de funciones directivas en el partido político o en un sindicato, asociación o fundación, y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional, liberal, mercantil o laboral.

2. El Defensor del Pueblo deberá cesar, dentro de los diez días siguientes a su nombramiento y antes de tomar posesión, en toda situación de incompatibilidad que pudiera afectarle.

las Mesas de ambas Cámaras reunidas conjuntamente, prestando juramento o promesa de fiel desempeño de su función.

CAPÍTULO SEGUNDO

CESE Y SUSTITUCIÓN

ARTÍCULO 8.

1. El Defensor del Pueblo cesará por alguna de las siguientes causas:

Uno. Por renuncia.

Dos. Por expiración del plazo de su nombramiento.

Tres. Por muerte o por incapacidad sobrevinida.

Cuatro. Por actuar con notoria negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo.

Cinco. Por haber sido condenado, mediante sentencia firme, por delito doloso.

2. La vacante en el cargo se declarará por el Presidente del Congreso en los casos de muerte, renuncia y expiración del plazo del mandato. En los demás casos se decidirá por mayoría de las tres quintas partes de los componentes de cada Cámara, mediante debate y previa audiencia del interesado.

3. Vacante el cargo, se iniciará el procedimiento para el nombramiento de nuevo Defensor del Pueblo en plazo no superior a un mes.

4. En los casos de muerte, cese o incapacidad temporal o definitiva del Defensor del Pueblo y en tanto no procedan las Cortes Generales a una nueva designación, desempeñarán sus funciones, interinamente, en su propio orden, los adjuntos al Defensor del Pueblo.

entendiéndose en caso contrario que no acepta el nombramiento.

3. Si la incompatibilidad fuere sobrevenida una vez posesionado del cargo, se entenderá que renuncia al mismo en la fecha en que aquella se hubiere producido.

CAPÍTULO CUARTO

DE LOS ADJUNTOS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

ARTÍCULO 8

1. El Defensor del Pueblo estará auxiliado por un Adjunto primero y un Adjunto segundo, en los que podrá delegar sus funciones y que le sustituirán, por su orden, en el ejercicio de las mismas, en los supuestos de imposibilidad temporal y en los de cese.

2. El Defensor del Pueblo nombrará y separará a sus Adjuntos previa conformidad de las Cámaras en la forma que determinen sus Reglamentos.

3. El nombramiento de los Adjuntos será publicado en el "Boletín Oficial del Estado".

4. A los Adjuntos les será de aplicación lo dispuesto para el Defensor del Pueblo en los artículos 3o., 6o. y 7o. de la presente Ley.

TÍTULO SEGUNDO

DEL PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO

INICIACIÓN Y CONTENIDO DE LA INVESTIGACIÓN

ARTÍCULO 9.

1. El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir, de

oficio o a petición de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el artículo 103. 1. de la Constitución y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título primero.

2. Las atribuciones del Defensor del Pueblo se extienden a la actividad de los ministros, autoridades administrativas, funcionarios y cualquier persona que actúe al servicio de las Administraciones Públicas.

ARTÍCULO 10.

1. Podrá dirigirse al Defensor del Pueblo toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin restricción alguna. No podrá constituir impedimento para ello la nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o Poder Público.

2. Los Diputados y Senadores individualmente, las comisiones de investigación o relacionadas con la defensa general o parcial de los derechos y libertades públicas y, principalmente, las de relación con el Defensor del pueblo.

3. No podrá presentar quejas ante el Defensor del Pueblo ninguna autoridad administrativa en asuntos de su competencia.

ARTÍCULO 11.

1. La actividad del Defensor del Pueblo no se verá interrumpida en los casos en que las Cortes Generales no se encuentren reunidas, hubieren sido disueltas o hubiera expirado su mandato.

2. En las situaciones previstas en el apartado anterior, el Defensor del Pueblo se dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras.

3. La declaración de los estados de excepción o de sitio no

interrumpirán la actividad del Defensor del Pueblo ni el derecho de los ciudadanos de acceder al mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 de la Constitución.

CAPÍTULO SEGUNDO

ÁMBITOS DE COMPETENCIA

ARTÍCULO 12.

1. El Defensor del Pueblo podrá, en todo caso, de oficio o a instancia de parte, supervisar por sí mismo la actividad de la Comunidad Autónoma en el ámbito de competencias definido por esta Ley.

2. A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, los órganos similares de las Comunidades Autónomas coordinarán sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste podrá solicitar su cooperación.

ARTÍCULO 13.

Quando el Defensor del Pueblo reciba quejas referidas al funcionamiento de la Administración de Justicia, deberá dirigirlas al Ministerio Fiscal para que éste investigue su realidad y adopte las medidas oportunas con arreglo a la Ley, o bien dé traslado de las mismas al Consejo General del Poder Judicial, según el tipo de reclamación de que se trate, todo ello sin perjuicio de la referencia que en su informe general a las Cortes Generales pueda hacer al tema.

ARTÍCULO 14.

El Defensor del Pueblo velará por el respeto de los derechos proclamados en el título primero de la Constitución en el ámbito de la Administración militar, sin que ello pueda entrañar una interferencia en el mando de la Defensa Nacional.

CAPÍTULO TERCERO

TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS

ARTÍCULO 15.

1. Toda queja se presentará firmada por el interesado, con indicación de su nombre, apellidos y domicilio, en escrito razonado, en papel común y en el plazo máximo de un año, contado a partir del momento en que tuviera conocimiento de los hechos objeto de la misma.

2. Todas las actuaciones del Defensor del Pueblo son gratuitas para interesado y no será preceptiva la asistencia de Letrado ni de Procurador. De toda queja se acusará recibo.

ARTÍCULO 16.

1. La correspondencia dirigida al Defensor del Pueblo y que sea remitida desde cualquier centro de detención, internamiento o custodia de las personas no podrá ser objeto de censura de ningún tipo.

2. Tampoco podrán ser objeto de escucha o interferencia las conversaciones que se produzcan entre el Defensor del Pueblo o sus Delegados y cualquier otra persona de las enumeradas en el apartado anterior.

ARTÍCULO 17.

1. El Defensor del Pueblo registrará y acusará recibo de las quejas que se formulen, se tramitará o rechazará. En este último caso lo hará en escrito motivado, pudiendo informar al interesado sobre las vías más oportunas para ejercitar su acción, caso de que, a su entender, hubiese alguna, y sin perjuicio de que el interesado pueda utilizar las que considere más pertinentes.

2. El Defensor del Pueblo no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución

CAPÍTULO CUARTO

OBLIGACIÓN DE COLABORACIÓN DE LOS ORGANISMOS REQUERIDOS

ARTÍCULO 19.

judicial y lo suspenderá si, iniciada su actuación, se interpusiere por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales Ordinarios o el Tribunal Constitucional. Ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas. En cualquier caso velará porque la Administración resuelva expresamente, en tiempo y forma, las peticiones y recursos que le hayan sido formulados.

3. El Defensor del Pueblo rechazará las quejas anónimas y podrá rechazar aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamento, inexistencia de pretensión, así como aquellas otras cuya tramitación irrogue perjuicio al legítimo derecho de tercera persona. Sus decisiones no serán susceptibles de recurso.

ARTÍCULO 18.

1. Admitida la queja, el Defensor del Pueblo promoverá la oportuna investigación sumaria e informal para el esclarecimiento de los supuestos de la misma. En todo caso dará cuenta del contenido sustancial de la solicitud al Organismo o a la Dependencia administrativa procedente con el fin de que su jefe, en el plazo máximo de quince días, se remita informe escrito. Tal plazo será ampliable cuando concurren circunstancias que lo aconsejen a juicio del Defensor del Pueblo.

2. La negativa o negligencia del funcionario o de sus superiores responsables al envío del informe inicial solicitado podrá ser considerada por el Defensor del Pueblo como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, en su caso, a las Cortes Generales.

1. Todos los poderes públicos están obligados a auxiliar con carácter preferente y urgente, al Defensor del Pueblo en sus investigaciones e inspecciones.

2. En la fase de comprobación e investigación de una queja o en expediente iniciado de oficio, el Defensor del Pueblo, su adjunto, o la persona en quien él delegue, podrán personarse en cualquier centro de la Administración pública dependiente de la misma o afecto a un servicio público, para comprobar cuantos datos fueren menester, hacer las entrevistas personales pertinentes o proceder al estudio de los expedientes y documentación necesaria.

3. A estos efectos no podrá negarseles el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 22 de esta Ley.

ARTÍCULO 20.

1. Cuando la queja o investigar afectare a la conducta de las personas al servicio de la Administración en relación con la función que desempeñan, el Defensor del Pueblo dará cuenta de la misma al afectado y a su inmediato superior u Organismo de quien aquel dependiera.

2. El afectado responderá por escrito, y con la aportación de cuantos documentos y testimonios considere oportunos, en el plazo que se le haya fijado, que en ningún caso será inferior a diez días, pudiendo ser prorrogado, instancia de parte, por la mitad del concedido.

3. El Defensor del Pueblo podrá comprobar la veracidad de los mismos y proponer al funcionario afectado una entrevista ampliatoria de datos. Los funcionarios que se negaren a ello podrán ser requeridos por aquel para que manifiesten por escrito las razones que justifiquen tal decisión.

4. La información que en el curso de una investigación pueda aportar un funcionario a través de su testimonio personal tendrá el carácter de reservada, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la denuncia de hechos que pudiesen revestir carácter delictivo.

ARTÍCULO 21.

El superior jerárquico u Organismo que prohíba al funcionario a sus ordenes o servicio responder a la requisitoria del Defensor del Pueblo o entrevistarse con él, deberá manifestarlo por escrito, debidamente motivado, dirigido al funcionario y al propio Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo dirigirá en adelante cuantas actuaciones investigadoras sean necesarias al referido superior jerárquico.

CAPÍTULO QUINTO

SOBRE DOCUMENTOS RESERVADOS

ARTÍCULO 22.

1. El Defensor del Pueblo podrá solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos aquellos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley. En este último supuesto, la remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio.

2. Las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites

procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás Organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos.

3. Cuando entienda que un documento declarado secreto y no remitido por la Administración pudiera afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación, lo pondrá en conocimiento de las Comisiones del Congreso y del Senado a que se refiere el artículo 20. de esta Ley.

CAPÍTULO SEXTO

RESPONSABILIDAD DE LAS AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS

ARTÍCULO 23.

Cuando las actuaciones practicadas revelen que la queja ha sido originada presumiblemente por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de un funcionario, el Defensor del Pueblo podrá dirigirse al afectado haciéndole constar su criterio al respecto. Con la misma fecha dará traslado de dicho escrito al superior jerárquico, formulando las sugerencias que considere oportunas.

ARTÍCULO 24.

1. La persistencia en una actitud hostil o entorpecedora de la labor de investigación del Defensor del Pueblo por parte de cualquier Organismo, funcionario, directivo o persona al servicio de la Administración pública podrá ser objeto de un informe especial, además de destacarlo en la sección correspondiente de su informe anual.

1. El funcionario que responsabilizare la investigación del Defensor del Pueblo mediante la negativa o negligencia en el envío de los informes que éste solicite, o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación incurrirá en el delito de desobediencia. El Defensor del Pueblo hará traslado de los antecedentes precisos al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas.

ARTÍCULO 25.

1. Cuando el Defensor del Pueblo, razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos, lo pondrá de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado.

2. En cualquier caso, el Fiscal General del Estado informará periódicamente al Defensor del Pueblo, o cuando éste lo solicite, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia.

3. El Fiscal General del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

ARTÍCULO 26.

El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito.

ARTÍCULO 27.

Los gastos efectuados o perjuicios materiales causados a los particulares que no hayan promovido la queja, al ser llamados a informar por el Defensor del Pueblo, serán compensados con cargo

a su presupuesto una vez justificada debidamente.

TÍTULO TERCERO

DE LAS RESOLUCIONES

CAPÍTULO PRIMERO

CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES

ARTÍCULO 28.

1. El Defensor del pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquéllos.

2. Si como consecuencia de sus investigaciones llegase a convencimiento de que el cumplimiento de la norma pueda provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la Administración la modificación de la misma.

3. Si las actuaciones se hubiesen realizado con ocasión de servicios prestados por particulares en virtud de acto administrativo habilitante, el Defensor del Pueblo podrá instar de las autoridades administrativas competentes el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción.

ARTÍCULO 29.

El Defensor del Pueblo está legitimado para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

ARTÍCULO 30.

1. El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en término no superior al de un mes.

2. Si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o ésta no informa al Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministerio del Departamento afectado, o sobre la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su informe anual o especial, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los casos en que, considerando el Defensor del Pueblo que no era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

CAPÍTULO SEGUNDO

NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES

ARTÍCULO 31

1. El Defensor del Pueblo informará al interesado del resultado de sus investigaciones y gestión, así como de la respuesta que hubiese dado la Administración o funcionario implicados, salvo en el caso de que éstas, por su naturaleza, fuesen consideradas como de carácter reservado o declaradas secretas.

2. Cuando su intervención se hubiese iniciado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 10, el Defensor del Pueblo informará al parlamentario o Comisión competente que lo hubiese solicitado y al término de sus investigaciones, de los resultados alcanzados. Igualmente, cuando decida no intervenir informará razonando su desestimación.

3. El Defensor del Pueblo comunicará el resultado positivo o negativo de sus investigaciones a la autoridad, funcionario o dependencia administrativa acerca de la cual se haya suscitado.

CAPÍTULO TERCERO

INFORME A LAS CORTES

ARTÍCULO 32.

1. El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cortes Generales de la gestión realizada en un informe que presentará ante las mismas cuando se hallen reunidas en periodo ordinario de sesiones.

2. Cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe extraordinario que dirigirá a las Diputaciones Permanentes de las Cámaras si éstas no se encontraran reunidas.

3. Los informes anuales y, en su caso, los extraordinarios serán publicados.

ARTÍCULO 33.

1. El Defensor del Pueblo, en su informe anual, dará cuenta del número y tipo de quejas presentadas; de aquellas que hubiesen sido rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y el resultado de la misma, con especificación de las "sugerencias" o recomendaciones admitidas por las Administraciones Públicas.

2. En el informe no constarán datos personales que permitan la pública identificación de los interesados en el procedimiento investigador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24.1.

3. El informe contendrá igualmente un anexo, cuyo destinatario serán las Cortes Generales, en el que se hará constar la liquidación del presupuesto de la institución en el periodo que corresponda.

4. Un resumen será expuesto oralmente por el Defensor del Pueblo ante los Plenos de ambas Cámaras, pudiendo intervenir los grupos parlamentarios a efectos de fijar su postura.

TÍTULO CUARTO

MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES

CAPÍTULO PRIMERO

PERSONAL

ARTÍCULO 34.

El Defensor del Pueblo podrá designar libremente los asesores necesarios para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con el Reglamento y dentro de los límites presupuestarios.

ARTÍCULO 35.

1. Las personas que se encuentran al servicio del Defensor del Pueblo, y, mientras permanezcan en el mismo, se considerarán como persona al servicio de las Cortes.

2. En los casos de funcionarios provenientes de la Administración Pública se les reservará la plaza y destino que ocupasen con anterioridad a su inscripción a la oficina del Defensor del Pueblo, y se les computará, a todos los efectos, el tiempo transcurrido en esta situación.

ARTÍCULO 36.

Los adjuntos y asesores cesarán automáticamente en el momento de la toma de posesión de un nuevo Defensor del Pueblo designado por las Cortes.

CAPÍTULO SEGUNDO

DOTACIÓN ECONÓMICA

ARTÍCULO 37.

La dotación económica necesaria para el funcionamiento de la institución constituirá una partida dentro de los Presupuestos de las Cortes Generales.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

A los cinco años de entrada en vigor de la presente Ley, el Defensor del Pueblo podrá proponer a las Cortes Generales y en informe razonado aquellas modificaciones que entienda que deben realizarse a la misma.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio Real de Madrid a 6 de abril de 1981.- Juan Carlos B.- El presidente del Gobierno, Leopoldo Calvo-Sotelo y Bustelo.

5. Responsabilidad Pública: Presupuesto del derecho subjetivo

José Roberto Dromi

RESPONSABILIDAD PÚBLICA: PRESUPUESTO DEL DERECHO SUBJETIVO

1. INTRODUCCIÓN

El sistema jurídico arbitra una serie de técnicas procesales para la tutela de las libertades públicas. Tales *libertades*, de contenido político, se traducen jurídicamente en *derechos subjetivos*. El presupuesto subyacente de la comunidad política está dado, precisamente, por esa relación dialógica "poder" y "obediencia", siendo de aquel las "prerrogativas" y de esta "las garantías", como dos extremos de la relación en los que se ubican, Estado e individuo, respectivamente.

En esa gama de alternativas del obrar estatal y particular se mueve el "control" con sus diversas tipologías e intensidades.

Nos proponemos estudiar la tríada "*personalidad-situación-protección*" que configura todo el aparato jurídico formal-relacional entre administración y administrado. Ambos son "*sujetos*" dotados de personalidad, que ostentan una *situación subjetiva* en la relación jurídica. Titularizan, en su caso, *técnicas procesales* para la tutela, precisamente, de sus "derechos", llamados "*competencias*" cuando el titular es el Estado, y llamados "*libertades*" cuando el titular es el individuo¹.

¹ Para que el "Estado de Derecho", como modelo jurídico, y la "república", como modelo político, salgan airoso se necesita que los individuos conozcan los medios de protección de los derechos de que disponen, y cuáles son sus alcances y limitaciones. No es suficiente la consagración constitucional de las "libertades públicas" para que su ejercicio esté garantizado; es indispensable la previsión procesal de medios jurídicos para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y proteger a sus titulares contra los agravios de terceros.

Toda esta construcción tiene como punto de partida el presupuesto indubitable de la *responsabilidad pública*, emanada de la propia Constitución formal, que a los "sujetos" de las relaciones públicas les confiere "*poderes*" y "*derechos*", como contrapartida de "*quehaceres y deberes*".

Ha crecido el poder. Debe crecer el control, como grado evolutivo del Estado de derecho. El derecho administrativo arbitra, junto a las prerrogativas de la autoridad, las garantías del administrado, la manera de controlar los actos de la primera y la forma de hacer efectiva su responsabilidad.

2. ESTADO Y DERECHO

La articulación de los sujetos de la relación pública, Estado e individuos, requiere una instrumentación jurídico-formal por la que "los derechos se ejercen" y "los deberes se cumplen". Ello genera una serie de regulaciones normativas (permisiones y prohibiciones) que se conocen con el nombre de "legalidad administrativa"; vale decir, el conjunto de reglas jurídicas (de legitimidad) y políticas (de oportunidad) a la que debe ajustarse el obrar público, pues aquella legalidad es conformadora y limitadora de la actuación pública, estatal o no.

La salvaguarda y sobrevivencia de esa *legalidad*, necesita un anticuerpo jurídico: *el control*. El poder jurídico de control obra como un "poder-deber", por la obligatoriedad que implica su ejercicio.

La "legalidad administrativa" (antecedente) y "el control" (consecuente) encuentran su raíz sustantiva en el "Estado de derecho", nacido con el constitucionalismo liberal democrático, que le asigna a la comunidad política una finalidad humanista². El Estado de derecho significa "sumisión a las leyes", pero especialmente a un particular modelo legislativo: "*las leyes de libertad*". Es decir, aquellas normas cuyo objeto es *hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social*. La *visión puramente for-*

² GEORGES BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, L.G.D.J., 1972, págs. 103-108. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, 1972, págs. 16 y ss.

malista es insuficiente. El principio de legalidad "a solas" no dice nada³. Debe enmarcarse en una orientación filosófico-política; es más: está enraizado siempre, como toda cuestión jurídica, en una cuestión política.

Esa orientación político-finalista es la que permite distinguir lo "verdadero" de lo "falso", lo "bueno" de lo "malo", pues la axiología cataloga una graduación de valores que define la rectitud o no del obrar.

Solo es verdadero Estado de derecho el que lo es en sentido material e incluye el sistema de garantías y la *finalidad personalista*. Se aspira al Estado de derecho, al Estado de justicia. Con un enfoque formalista constituyen "Estado de derecho", las tiranías, el nazismo, el fascismo, el marxismo, pues nada impide adjetivar la legalidad según circunstancias "socialista", "liberal", etc.⁴.

El imperio del derecho —*rule of law*— supone la conformidad del orden jurídico con el escalonamiento normativo formal y con valores sustanciales, metajurídicos, sin cuyo respeto integral no existe Estado ni derecho⁵. El sentido de la consagración constitucional de

las libertades públicas importa: a) imperatividad directa de las libertades; b) "*numerus apertus*" de los derechos humanos⁶.

Esos valores suprajurídicos, "políticos" de una comunidad política, están exteriorizados en el preámbulo de la Constitución. "Carta de presentación" del texto dispositivo, que fija la "axiología política" a través del poder constituyente originario y auténtico, al darse la norma constitucional arquitectónica o modeladora de la comunidad⁷. El techo ideológico político y la ideología constitucional humanista tutelan el principio "*el hombre libre es esclavo de la ley*".

En síntesis: la juridicidad plena (sustantiva y formal; axiológica y procesal) exige e impone que el obrar de los sujetos públicos se opere en vista de esos fines, resguardando "derechos y libertades" de los que mandan y de los que obedecen⁸.

La sobrevivencia de los "sujetos", Estado e individuo, requiere reglas claras y precisas de juego, sobre la base del respeto mutuo y recíproco de los "derechos" (llamados "competencias" y "libertades", según el caso). Para ese fin, se imponen medios indubitables como la responsabilidad pública.

³ Además de las falencias del "formalismo puro", se observa el crecimiento de facultades del ejecutivo, que muestra un intervencionismo que pone en jaque el reinado de la ley: por una parte, con la práctica de las "delegaciones legislativas", y por la otra, con la "transitoriedad de los gobiernos constitucionales", al menos al estilo tradicional. Así, pues, el estado de derecho no es forzosamente sinónimo de "legalidad". Véase PABLO LUCAS VERDE, *La lucha por el Estado de derecho*, Bologna, Studia Albornotiana, núm. XX, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, págs. 30-31. Por ello señala el paso del *Rule of Law* al *Welfare State* (Estado social de derecho).

⁴ En todo Estado se preconiza el imperio de la ley, pero esta solo lo es, sustancialmente, en cuanto se dirige a la seguridad jurídica de situaciones subjetivas intangibles, derechos adquiridos como límite de la acción del Estado. La idea "normocrática" no agota ni al Derecho ni al Estado. La ley es apenas un derecho institucionalizado, detenido en la forma, pero no todo el Derecho. Véase LEIS CARLOS SACHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1974, págs. 64 y ss.; JULIO PRAT, *Derecho administrativo*, t. I, Montevideo, Edit. Acali, 1977, págs. 58, 69 y ss.; ALLAN BREWER CARLOS, *Derecho administrativo*, t. I, Caracas, Publicaciones de la Facultad de Derecho, U.C.V., 1975, págs. 21 y ss.

PABLO LUCAS VERDE, *La lucha por el Estado de derecho*, cit., págs. 147 y ss. Habla de "el oro Estado de derecho: el principio de legalidad socialista". Véase un estudio específico de la llamada *legalidad socialista*, en N. G. ALEXANDROV, *Teoría del Estado y del derecho*, trad. de A. Fierro, México, Edit. Grijalbo, 1962, cap. IX, págs. 212 y ss.

⁵ Cfr. y ampliar ALBERTO RAMÓN REAL, *Estado de derecho y humanismo personalista*, Montevideo, 1974; *Principio de legalidad y validez del acto administrativo en el Estado de derecho*, en "Revista Uruguaya de Estudios Administrativos", Montevideo, 1978, año II, núm. 2, págs. 59 y ss.

⁶ Las constituciones contienen, generalmente, una declaración supletoria respecto de los derechos "no enumerados", "omitidos", "implícitos", pero no implica una negación de su existencia. Por ejemplo, Constitución Argentina, art. 33; de Venezuela, art. 50. Véanse HÉCTOR FIX ZAMUDIO, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", vol. IX, núm. 2, Ginebra, diciembre 1968, pág. 74; CESAR ENRIQUE ROMERO, *Introducción al derecho constitucional*, Buenos Aires, Edit. Zavalia, 1973, págs. 28 y ss.

⁷ Por ejemplo, "constituir la unión nacional", "afianzar la justicia", "consolidar la paz interior", "proveer a la defensa común", "promover el bienestar general", etc., constituyen valores políticos esenciales. Causa eficiente y final del Estado. Si estos valores se cumplen, la justificación ética estará salvada. Solo resta sumar a ella la legitimación política del modo de ejercicio del poder, conforme a la normativa constitucional reglamentaria del mismo. Véase CESAR ENRIQUE ROMERO, *Legitimación democrática del poder*, en "Revista del Instituto de Ciencias Sociales", Barcelona, 1968-1969, núms. 12-13.

⁸ Ellos constituyen los "límites del poder", tanto del poder de los que mandan (autoridad) como del poder de los que obedecen (libertad). La autoridad sin límites es muerte de la libertad. La libertad sin límites es muerte de la autoridad y de la propia libertad. Es allí, precisamente, donde se manifiesta la función del derecho, para fijar con razonabilidad y prudencia las riberas de ese río eterno llamado "poder". JOSÉ ROBERTO DROMI, *Responsabilidad pública y participación municipal*, en diario "Mendoza", Mendoza, 13-7-79.

No creemos feliz la síntesis racionalista de Kelsen. Es un puro esfuerzo de abstracción, que lo conduce a una impura conclusión entre "materia" y "forma", como si la dimensión trialista (valor, realidad y norma) no fuera ya suficiente para demostrar que "Estado no es igual a derecho".

La *seguridad jurídica* es el fundamento de la vinculación de los entes públicos al derecho, es la *razón de ser del poder de todo el Estado*. Esta seguridad se frustraría si el propio Estado pudiera liberarse de su vinculación a las leyes⁹.

3. EL ESTADO: SUJETO DE DERECHO

Conformada la realidad estatal como una unidad compuesta de población, territorio, orden, poder y fin, es evidente e innegable su calidad de *sujeto con personalidad política y jurídica*, con realidad *accidental* por sobre la realidad sustancial individual. El Estado, en ejercicio de su poder, crea el ordenamiento jurídico positivo y establece un orden normativo que otorga al ser político estatal, el carácter de persona jurídica. Ella actúa y se desenvuelve en el orden existencial *por medio de una estructura de órganos*, desempeñados por personas físicas (agentes), cuyos actos se imputan y atribuyen al Estado (persona pública mayor) o a sus entes descentralizados —entes autárquicos, empresas del Estado y sociedades del Estado— (personas públicas menores).

La personalidad jurídica del Estado surge directamente del *ordenamiento constitucional*; así pues, la Constitución habla de "Nación" o "República" y de su calidad de parte como sujeto procesal. Además, en el *orden infraconstitucional o legal* se concreta tal personalidad jurídica en el *Código Civil* y en el *derecho público procesal*, que estatuyen la demandabilidad y responsabilidad estatal.

El reconocimiento de la personalidad jurídica estatal, desde un punto de vista técnico, permite las acciones por responsabilidad contractual y extracontractual contra el *Estado* y su consecuente deber reparatorio con bienes propios, respecto de los actos y hechos estatales emitidos por sus órganos en ejercicio de las funciones del poder. El deber de resarcimiento gravita sobre el Estado, como sobre cualquier otro sujeto jurídico, como una exigencia del sometimiento de los poderes públicos al imperio del derecho.

⁹ GUSTAVO RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1933, págs. 237-245. GASCÓN HERNÁNDEZ, *Los fines de la administración*, en "R.A.P.", Madrid, 1953, núm. 11, págs. 33-38.

4. PERSONALIDAD Y RESPONSABILIDAD

La responsabilidad del Estado es, en suma, una consecuencia jurídica obligada de su personalidad propia. Los actos que se le atribuyen son aquellos que realizan los llamados *órganos individuales* (agentes del Estado), que expresan su voluntad como voluntad estatal. Tales órganos integran la estructura de la persona, formando parte de ella, pues el órgano vale tanto como el *instrumento mediante el cual se desenvuelve el sujeto de derecho*. La *incorporación orgánica subjetiva (persona física) al cargo (órgano jurídico institucional) se efectúa por alguno de los títulos jurídicos (elección, designación, ley de sucesión, etc.) que generan la relación de empleo público*. Esa conjunción orgánica pone en movimiento al aparato estatal como *sujeto*, y en tal carácter, como titular de derechos y deberes *se exige, consecuentemente, un sistema de responsabilidad* (causas, tipos, fundamento, alcance y procedimiento o vías procesales de responsabilidad).

Por ello, podemos afirmar que la *capacidad jurídica* no consiste solo en la autonomía del querer o en la libertad, sino que, además de la libertad, supone también el sentido de la *responsabilidad*, y "es responsable quien puede replegarse sobre sí y tomar posesión de sí mismo y de sus actos. Es responsable quien puede, requerido por el bien, disponer de sí mismo"¹⁰.

5. RESPONSABILIDAD ESTATAL

La responsabilidad del Estado tiene lugar toda vez que una persona sufra un daño —material o moral— causado directamente por agentes

¹⁰ Cfr. y ampliar LOUIS LACHANCE, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. de Fernando N. A. Cuevillas, Buenos Aires, 1953, cap. I, y en la inmortar obra de RAYMOND SALEILLES, *De la personalidad jurídica*, París, Edit. Arthur Rousseau, 1922. Véase JOSÉ ROBERTO DROMI, *Instituciones de derecho administrativo*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1973, esp. V, págs. 53-71, y *Responsabilidad del Estado* en "I. A.", Doctrina, Buenos Aires, 1970, págs. 40 y ss.

En el derecho argentino, cfr. arts. 1, 3, 10, 14, 15, 17, 18, 20, 31, 35, 74, 91 y 100 de la Constitución Nacional; arts. 33, 2339-2340, 2502 y 2611 del Código Civil, y las leyes procesales de derecho público núms. 1952, 11634, 19549, 21606, 21608.

estatales¹¹. Al Estado se le imputan los daños y perjuicios ocasionados por sus órganos individuos. No existen normas jurídicas específicas que determinen cuáles son las condiciones legales para que acontezca esa responsabilidad. En algunos casos, se exige que la conducta dañosa sea culpable (*responsabilidad subjetiva*), y en otros, se prescinde de tal dato subjetivo (*responsabilidad objetiva*). En algunos supuestos, el daño debe ser físico y apreciable en dinero (*responsabilidad material*), mientras que en otros es indemnizable el daño moral (*responsabilidad moral*). La lesión de intereses jurídico-patrimoniales o extrapatrimoniales obliga al resarcimiento. El daño moral es resarcible ampliamente.

El problema de los bienes que pueden ser lesionados solo se obvia con una fórmula constitucional amplia de la "propiedad". De lo contrario, la operatividad práctica del resarcimiento no pasa de ser una ilusión proclamada pero jamás realizada. La responsabilidad debe cubrir cualquier tipo de bienes o derechos. La extensión y el contenido amplio de la responsabilidad extracontractual del Estado, se conecta con el moderno Estado social de derecho, que arbitra técnicas de garantías para todos los derechos. Pues, a veces, el alcance de la indemnización es la negación de la responsabilidad primigeniamente reconocida.

A medida que la intervención estatal se amplía y la administración se desarrolla, la teoría de la responsabilidad tiene que aumentar su espectro asegurador, para mantener un razonable equilibrio de poderes reales entre Estado y administrados.

En buen principio, el Estado debe ser responsable en forma solidaria con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, por las acciones y omisiones habidas en el ejercicio de sus funciones y a

consecuencia de ese ejercicio, si resulta violación de los derechos, libertades y garantías, o perjuicios para otros¹².

6. DERECHO APLICABLE

Por de pronto no son aplicables en materia de responsabilidad del Estado, principios del derecho civil. El derecho público ha elaborado una serie de reglas específicas para regular dicha responsabilidad. Se la llama, todavía, "*responsabilidad civil*" del Estado. Pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica "responsabilidad" del derecho privado, ni es tampoco "civil" en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto hablar, en rigor, de "responsabilidad civil". A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria. Esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal¹³.

Hay otros tipos de responsabilidad estatal; entre ellos, el que deriva de la sentencia judicial anulatoria de los actos administrativos, constituyéndose en otra especie de la responsabilidad jurídica del Estado¹⁴.

De todas maneras, es recomendable una normación expresa que establezca un sistema integral de la responsabilidad pública.

¹² Cfr. y ampliar LUIS MARTÍN REBOLLO, *La responsabilidad patrimonial de la administración en la jurisprudencia*, Madrid, Edit. Civitas, 1977, págs. 90-94. Véase art. 21 de la Constitución de Portugal del 25-4-1976.

¹³ AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Macchi, 1975, cap. XX, pág. 5. Cfr. Código Civil Argentino, arts. 522 y 1078. JULIO PRAT, *Derecho administrativo*, t. IV, vol. 2, Montevideo, Edit. Acafi, 1978, págs. 9 y ss.

¹⁴ La responsabilidad jurídica del Estado es, como consecuencia de la personalidad, el equivalente de la responsabilidad jurídica de los administrados (civil, penal, administrativa, fiscal, aduanera, laboral). No podría concebirse tal desequilibrio en la relación administrativa en el que un sujeto de la relación sea irresponsable (administración) y el otro responsable (administrados), pues aquella es un imperativo de la construcción normativa-jurídica de nuestro sistema político constitucional. Cfr. y ampliar LORENZO MARTÍN RETORTILLO, *Responsabilidad patrimonial de la administración y jurisdicción*, en "R.A.P.", Madrid, 1963, núm. 42, págs. 169-214.

CLAUDE ALBERT COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris, Dalloz, 1975, págs. 258 y ss.

¹¹ MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, pág. 690. "Es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales".

PAUL DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1938, págs. 9 y ss. Afirma que "la responsabilidad del poder público es hija del tiempo de las ideas intervencionistas".

MAURICE Hauriou, *Précis de droit administratif*, 12ª ed., Paris, 1933, págs. 31 y 505, dice: "que la administración haga, pero que indemnice... que haga, pero que obedezca a la ley... que haga, pero que pague el perjuicio". ELLAS P. GUASTAVINO, *Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil*, en "Rev. JUS", La Plata, Edit. Platense, 1973, núm. 22, págs. 40-66.

7. FUENTE CONSTITUCIONAL Y LEGAL

La razón jurídica de la responsabilidad del Estado se encuentra en la ley fundamental, sin perjuicio de que también expresamente la consagren algunas leyes especiales. Esto es, que en nuestro Estado de Derecho esta *verdadera garantía* tiene raíz constitucional e infraconstitucional o legal¹⁵.

La Constitución Argentina no contempla norma expresa que declare la responsabilidad del Estado, pero implícitamente la reconoce al consagrar la "igualdad ante la ley" (art. 16), la "inviolabilidad de la propiedad" (art. 17) y la "demandabilidad del Estado nacional" y condición de "parte procesal" sin ninguna clase de prerrogativas (art. 100)¹⁶.

El principio de la responsabilidad estatal es inherente al Estado de derecho. Las normas constitucionales suelen consagrar, consecuentemente, la responsabilidad política, penal y disciplinaria de agentes y órganos públicos. Si bien es verdad que en la Constitución Argentina no hay un artículo que estatuya la responsabilidad reparatoria por el daño ocasionado, hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos. Toda responsabilidad reparatoria se funda sobre la *ofensa a los derechos adquiridos y reconocidos*¹⁷.

¹⁵ La irresponsabilidad del Estado aparecía antes como un corolario de la soberanía, implicando esta última su *infalibilidad* por esencia y su *impunidad* por consecuencia. Véase JUAN JA COBO ROUSSEAU, *El contrato social*, Buenos Aires, Edit. Aguilar, 1960, cap. II, "¿Puede errar la voluntad general?", págs. 82-84.

Con buen criterio, la responsabilidad del Estado ha sido calificada como *ultima ratio* del Estado de Derecho. Véase a RAFAEL EXTRENA CUESTA, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Edit. Tecnos, 1965, pág. 673; y a ERNST FORSTHOFF, *Traido de derecho administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pág. 419.

La impunidad por los daños causados a los administrados ya no es un precio de la vida social, como lo han entendido algunos criterios autocráticos.

¹⁶ RAFAEL BIELSA, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1966, págs. 1 y ss.; *Responsabilidad del Estado en el derecho actual*, en "Contribución al examen de algunas instituciones jurídicas", Buenos Aires, 1933, pág. 61. Con criterio que no compartimos, *condiciona la responsabilidad del Estado a la existencia de una ley formal expresa que la reconozca*. Siguen el criterio de BIELSA: PEDRO GUILLERMO ALTAMIRA, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, Córdoba, 1942, pág. 112; CARLOS MARÍA SÁENZ, *Responsabilidad de los funcionarios y responsabilidad del Estado*, Santa Fe, Imprenta de la Universidad, 1954, págs. 149-151; ANTONIO CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos*, t. II, Buenos Aires, 1947, págs. 794-795.

Los autores citados sostienen que se necesita una ley general que establezca la responsabilidad y que no puede suplirse con sucedáneos ni principios analógicos.

¹⁷ BARTOLOME A. FIORINI, *Manual de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Edit. La Ley, 1968, pág. 1098.

El fundamento jurídico de la responsabilidad del Estado lo proporciona la Constitución¹⁸, toda vez que la actividad de alguno de sus órganos cause un *perjuicio especial* a un habitante de la Nación, en violación a los derechos naturales que la misma Constitución consagra y reconoce.

Algunas *Constituciones provinciales antiguas* (por ejemplo, la Constitución de Córdoba en sus arts. 30 y 33) establecen un *principio genérico* de la responsabilidad de las autoridades, pero no consagran la responsabilidad directa del Estado. En cambio, otras *Constituciones provinciales modernas* (como las del Chaco, art. 72; Formosa, art. 23; Misiones, art. 80; Neuquén, art. 254; Río Negro, art. 23) estatuyen en forma clara y precisa la responsabilidad del Estado. En tal sentido, el derecho público provincial ha seguido la orientación del constitucionalismo moderno¹⁹. Así también establecen *expresamente* la responsabilidad del Estado, las constituciones de Alemania (1919, art. 131), Uruguay (1952, art. 24)²⁰, Austria (1920, art. 23; 1934, art. 14), Rumania (1923, art. 99), Checoslovaquia (1918, arts. 92 y 104), Yugoslavia (1921, art. 18; 1946, art. 41), Italia (1947, art. 28) y Brasil (1969, art. 107)²¹. Como podemos apre-

¹⁸ MANUEL MARIA DIEZ, *Derecho administrativo*, t. V, Buenos Aires, Edit. Plus Ultra, 1965, pág. 55; JULIO ALTAMIRA GIGENA, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1973, pág. 89.

¹⁹ Cfr. y ampliar ALBERTO DOMÍNGUEZ, *El problema de la responsabilidad del Estado. Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte Nacional*, en "Anuario del Instituto de Derecho Público", t. VIII, Rosario, 1948; y separata, Rosario, 1949, págs. 21-28.

²⁰ Los arts. 24 y 25 de la Constitución uruguaya de 1952, disponen:

"Art. 24.—El Estado, los gobiernos departamentales, los entes autónomos, los servicios descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección".

"Art. 25.—Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación" (J. A. PRAT, ob. cit., t. IV, vol. II, pág. 59).

²¹ En su art. 107, la Constitución del Brasil de 1969 se refiere igualmente a la responsabilidad del Estado, al expresar que: "Las personas jurídicas del derecho público responderán por los daños que sus funcionarios, en calidad de tales, causaren a terceros. Cabrá acción regresiva contra los funcionarios responsables en los casos de culpa o dolo". (CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *A responsabilidade do Estado*, en "Revista Uruguaya de Estudios Administrativos", Montevideo, Edit. Acali, 1978, año II, núm. 1, págs. 7 y ss.).

ciar, no en todas las constituciones aparece de igual manera reconocido el principio de la responsabilidad estatal. De ahí que en algunas de ellas dicho principio es tratado en forma general, como sucede con la Constitución mejicana²².

De todos modos, los tribunales no tienen necesidad de recurrir al Código Civil buscando llenar vacíos dejados por la legislación, cuando la ley fundamental enfáticamente declara la responsabilidad estatal a la luz de los siguientes principios: 1) respeto del derecho a la vida e integridad física; 2) respeto a los derechos adquiridos y de propiedad; 3) expropiación por utilidad pública; 4) igualdad ante las cargas públicas; 5) afianzamiento de la justicia; 6) garantía a la libertad; y 7) demandabilidad judicial del Estado²³.

8. CRITERIOS JURIDICOS

Del ordenamiento constitucional pueden extraerse las siguientes premisas que sustentan la responsabilidad pública²⁴.

a) *El sacrificio especial y la igualdad ante las cargas públicas.* Las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se impone un sacrificio especial, por acto legítimo o no, de cualquier órgano, a un particular, que implique daño

material o empobrecimiento, el Estado debe indemnizar. Tal indemnización supone la generalización del sacrificio especial, a fin de restablecer la equidad o igualdad²⁵.

b) *El derecho de propiedad.* En la medida en que nadie puede ser privado de su propiedad sin ser indemnizado, se impone la responsabilidad estatal consecuente. Por lo tanto, toda vez que el Estado lesione ese derecho, debe indemnizar. El derecho de propiedad debe interpretarse en sentido amplio. Así la jurisprudencia argentina lo caracteriza: "...El término *propiedad*, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad.

Todo derecho, que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular tenga una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea contra el Estado mismo, integra el concepto constitucional de «propiedad»²⁶. En consecuencia, este principio puede aplicarse a casi todos los supuestos de lesión de derechos individuales.

c) *Los derechos adquiridos.* Los derechos individuales constitucionalmente reconocidos, constituyen derechos adquiridos por los particulares en sus relaciones con el Estado. Por eso no puede desconocerlos sin indemnización, cuando se vulneran los límites reglamentarios.

De esta manera, la propia Constitución brinda el fundamento jurídico para declarar la responsabilidad del Estado, toda vez que la actividad de *cualquiera de sus órganos* (de administración, legislación o jurisdicción) cause un perjuicio especial a un administrado, en violación de los derechos que la Constitución misma consagra. Esa responsabilidad existe, *sea que los agentes estatales actúen con culpa o sin ella y aunque nazca de un acto legítimo*, por cuanto su

El art. 28 de la Constitución de Italia dice: "Los funcionarios y agentes del Estado y otros entes públicos serán directamente responsables de los actos realizados con lesión de derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y demás entes públicos". Véase a VIGNOCCHI, *La responsabilità de la puissance publique en droit italien*. Luxemburgo, Université Internationale de Sciences Comparées, 1963, págs. 42 y ss.; y a RENATO ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile degli enti pubblici*, Milano, Giuffrè, 1964, págs. 58 y ss.

²² Así, el art. 108 establece que los altos funcionarios "son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo". Para detalles más amplios, véase FELIPE TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional mexicano*, México, Edit. Porrúa, 1977, págs. 583 y ss.

²³ MIGUEL MARIENHOFF, ob. cit., t. IV, pág. 701. "La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios del Estado de derecho". Ver en la Constitución Argentina, arts. 15-16-17-18 y 100.

²⁴ MARÍA GRACIELA REIRIZ, *Responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, págs. 41 y 55.

²⁵ OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1954, pág. 217; RENE MARCQ, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1911, págs. 357 y ss.; CANDIDO EMILIO GARCIA, *La doctrina del daño especial*, "R.A.D.A.", 1976, núm. 14, pág. 68.

²⁶ C.S.N., 1925, P. E. BORDIEU, c. Municipalidad de la Capital, "Fallos", t. 145, pág. 307; "J. A.", t. 18, pág. 818.

antijuridicidad surgiría de su disidencia con la Constitución. Inclusive, si el acto legislativo constituye ejercicio legítimo de una facultad constitucional (ley que establezca un monopolio), dicho acto estatal puede ser legítimo y válido. Pero, siempre que lesione derechos adquiridos de los administrados y no meras expectativas, deberá indemnizarlos. De la misma manera, cuando el Estado expropia ejerce una facultad constitucional, pero debe indemnizar al propietario a quien se le expropia.

d) *La demandabilidad del Estado*. Las normas constitucionales presuponen la responsabilidad estatal, especialmente cuando aseguran la demandabilidad del Estado y la igualdad ante la ley. Ambos principios se extienden operativamente sin ninguna excepción. *El principio de la demandabilidad implica el de la responsabilidad*, como lógica consecuencia de la interpretación constitucional, y en salvaguarda de la supremacía constitucional.

En suma, tratándose de un Estado de derecho, la responsabilidad reparatoria se encuentra implícita y expresa en varias normas constitucionales. Todo ello porque la Constitución consagra una organización para *afianzar la justicia*. Es decir, darle a cada uno lo que le corresponde y reparar aquello que se sustrae o vulnera.

En igual sentido, FIORINI concluye: "El derecho reparador no nace por la simple existencia del daño, sino por la conexidad o la relación directa entre la actividad del Estado por cualquiera de sus órganos y el perjuicio que se ha producido. ...La vieja fórmula civilista de que no hay indemnización si no existe culpabilidad, se transforma en el derecho administrativo, por la regla de que todo daño injustamente ocasionado por el Estado debe ser resarcido. El dato de injusticia proviene de la ruptura del respeto por el derecho individual"²⁷.

No debemos descartar como fundamentos del derecho resarcitorio: *el enriquecimiento sin causa, la expropiación indirecta, la equidad y el abuso del derecho*. El deber resarcitorio estatal se manifiesta como la reparación obligada ante el daño ocasionado con carácter singular por los órganos del Estado, ya sea por sus agentes o sus hechos, actos legítimos o ilegítimos, y se extiende a cualquier

daño provocado por dichos órganos, no produciéndose exclusivamente en las actividades administrativas²⁸.

9. TIPOS Y SISTEMAS

Tipológicamente, la responsabilidad del Estado puede ser: 1) *precontractual*²⁹, 2) *contractual* y 3) *extracontractual*³⁰; a) legislativa, b) judicial y c) administrativa.

El tipo que interesa especialmente es el de la responsabilidad *extracontractual*, es decir, aquella que surge de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado.

Esa responsabilidad *extracontractual* puede originarse en un acto o hecho de órgano legislativo, judicial o administrativo. De acuerdo con la división de las funciones estatales, no cualquier acto o hecho del órgano judicial o legislativo implica responsabilidad judicial o legislativa, respectivamente, sino que puede haber responsabilidad *administrativa* por actos o hechos de dichos órganos.

10. RESPONSABILIDAD "PÚBLICA" Y "ÚNICA"³¹

Estimamos que la "responsabilidad", consecuencia obligada de la personalidad, refiriéndose al quehacer "público", estatal o no, es siempre "única", "pública" y con régimen propio. La responsabilidad se caracteriza por ser:

a) *Jurídica*. La responsabilidad, para el derecho, no puede ser adjetivada de "civil", "laboral", "penal", "administrativa", "comercial", etc. Ella es siempre una, con un denominador común, da-

²⁷ *Ibidem*, págs. 1115-116.

²⁸ ROBERTO H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Rosario, Edit. Molachino, 1957, págs. 50-51 y 108; JOSÉ R. DROMI, *Licitación pública*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1975, págs. 520-522.

²⁹ Véanse JAIRÓ LÓPEZ MORALES, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, en revista "Lex", Bogotá, 1977; JOSÉ JOAQUÍN GÓMEZ CANOTILHO, *O problema da responsabilidade do Estado por actos ilícitos*, Coimbra, Lib. Almedina, 1974.

³¹ Para más detalles, véase a JOSÉ ROBERTO DROMI, *Derecho administrativo económico*, t. II, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1979, caps. XIX y XX, "Administración y responsabilidad"; y a JULIO PRAT, *Derecho administrativo*, ed. cit., t. IV, vol. 2.

²⁷ FIORINI, ob. cit., t. II, págs. 1095-1133.

do por su raíz jurídica. En esto difiere de la responsabilidad "moral", "social", etc. No puede identificarse responsabilidad "jurídica" con responsabilidad "civil", que traduce solo un enfoque limitado y parcial, meramente resarcitorio. Aun en la responsabilidad administrativa, tratándose de un contencioso de plena jurisdicción, puede obtenerse la "anulación" y la indemnización. Lo que no parece propio es, precisamente, que se confunda especie con género.

Decimos siempre "jurídica" porque el "sistema jurídico" de responsabilidad es uno solo, dado por la "infracción", la "lesión", la "imputación", la "reparación" y la "sanción"; y no siempre son suficientes las previsiones jurídicas "privadas" o "civiles" para ello¹².

b) *Constitucional*. La raíz sustantiva del deber reparatorio del Estado, "de cualquier lesión a cualquier bien", está consagrada en la normativa constitucional, en tanto se siguen los lineamientos jurídico-políticos del Estado de derecho.

c) *Integral*. El daño o la lesión susceptible de reparación puede ser "físico o apreciable en dinero" (*responsabilidad material*) o también meramente subjetivo o espiritual —daño moral— (*responsabilidad moral*). La responsabilidad cubre cualquier tipo de *bienes* o *derechos*.

d) *Objetiva*. Se prescinde de que los daños se deriven de un comportamiento ilícito (por ejemplo, doloso o culposos), pues se admite la posible responsabilidad en el supuesto de daños derivados tanto de una conducta ilícita como del ejercicio legal de sus prerrogativas o potestades.

e) *Directa*. La responsabilidad del Estado es una consecuencia siempre "directa" de su obrar, pues el Estado no tiene "agentes". Esto es, personas humanas que no sean *órganos suyos*. La actividad de los *órganos públicos* se imputa directamente al Estado.

¹² Véase a HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, págs. 75 y ss.

6. La responsabilidad patrimonial de la administración: Fundamento y tendencias actuales

Tomás Ramón Fernández

1. INTRODUCCIÓN

“Hay dos correctivos de la prerrogativa de la Administración reclamados por el instinto popular, cuyo sentimiento respecto del poder público puede formularse en estos dos brocardos: que haga, pero que obedezca la ley; que haga, pero que pague el perjuicio”. Por eso, añadía Hauriou, “las dos principales teorías del Derecho Administrativo son las del recurso contencioso-administrativo contra las decisiones ejecutorias de la Administración y la de las responsabilidades pecuniarias en que incurra la Administración en el ejercicio de su autoridad”.

Los organizadores de este Encuentro han tenido muy presentes estas palabras del gran maestro francés al elegir como temas de estudio estos dos grandes problemas, de cuya completa y satisfactoria solución depende la efectividad misma del Estado de Derecho, que no es siquiera concebible por grandes que sea la representatividad y legitimidad popular de los gobernantes si una parte de las decisiones de éstos escapa al control por jueces y tribunales independientes o si alguna de las consecuencias lesivas de su actuación queda al descubierto sin posibilidad de compensación.

Esta sola consideración pone ya de manifiesto, sin necesidad de ninguna otra explicación adicional, el fundamento mismo en que ambas instituciones se orientan y, también, la meta última a la que ambas deben orientarse necesariamente. Esa meta está, por otra parte, muy claramente enunciada en el Derecho Público

occidental desde hace más de medio siglo. En lo que concierne al contencioso-administrativo, basta recordar aquí que el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa, sin excepción alguna, al control jurisdiccional fue calificada expresivamente por G. Jellinek como la "cláusula regla del Estado de Derecho". En lo que respecta a la afirmación de una cobertura patrimonial integral de los ciudadanos frente al actuar lesivo de las administraciones públicas, sea o no producto de la culpa o negligencia de sus agentes, siguen siendo definitivamente expresivas las palabras de León Duguit:

"En la época moderna, bajo la acción de transformaciones económicas profundas, nacidos de los descubrimientos científicos y de la gran industria, bajo la acción de este fenómeno tan característico de la concentración de capitales, se ha sentido que la norma tradicional de la responsabilidad (por culpa) no era suficiente, que debía ampliarse, que la reparación era debido incluso por los daños causados sin falta por el individuo o por el grupo en interés de los cuales se ejerce la actividad causante del daño o por aquel al que pertenece la cosa que lo produce".

"No se puede edificar la responsabilidad del Estado más que sobre la idea de un seguro social, soportado por la caja colectiva en provecho de aquellos que sufren un perjuicio que proviene del funcionamiento de los servicios públicos que tiene lugar en favor de todos... El estado es, de alguna forma, asegurador de lo que a menudo se llama el riesgo social".

Ambas metas están hoy claramente afirmadas también en la Constitución española, cuyo artículo 106 es definitivo al respecto. "Los Tribunales —dice su apartado 1— controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la acción administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican", afirmación ésta, ya de por sí expresiva, que adopta el carácter de un Imperativo necesario cuando se conecta con el artículo 24 de la propia norma constitucional que consagra como un derecho fundamental susceptible de ser exigido directamente ante el tribunal constitucional el que tienen todas las personas, nacionales o no, "a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

El apartado 2 del artículo 106, por su lado, establece que "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

No sería honesto, sin embargo, silenciar que, en ambos casos y a pesar de los categóricos pronunciamientos de la Constitución, la realidad sigue todavía alejada de la norma. La lucha por el control del poder y por su sujeción al derecho es una lucha permanente y, permanentemente también, inacabada, porque, en cierto modo, es en sí misma, una lucha imposible. La esencia del poder radica, precisamente, en su capacidad de imponerse sin limitaciones. Por eso, justamente, se resuelve siempre cuando parece dominado y adopta nuevas formas que lo hacen, otra vez, inaprehensible.

La experiencia es tan repetida y al mismo tiempo tan notoria que cualesquiera consideraciones al respecto adquieren inevitablemente, en cuanto se formulan, una resonancia entre trivial y tópica. Sabemos hoy perfectamente como controlar y combatir una modesta multa cuya incidencia en nuestra realidad vital es apenas imperceptible y, sin embargo, carecemos pura y simplemente de esquemas conceptuales y de técnicas operativas capaces de afrontar mínimamente cualesquiera de las múltiples decisiones que condicionan decisivamente nuestra vida individual y colectiva. El Poder con mayúsculas, el Poder público, aparece hoy revestido de poder económico y financiero y cuando actúa con tal ropaje, subiendo o bajando medio punto el tipo de interés o el tipo de cambio, de nada vale todo el arsenal dogmático que fatigosamente hemos ido acumulando a lo largo de siglos de lenta y esforzada lucha por entretejer una red de garantías que nos ponga a cubierto de las decisiones de sus detentadores. Nuevamente se nos escapa en tales casos sin que podamos aprehenderlo.

En materia de responsabilidad patrimonial, la situación no es mucho mejor, porque a esas mismas dificultades se añade otro obstáculo adicional, en el que nuestros esfuerzos terminan tropezando inevitablemente. La idea del Estado asegurador, que tan lúcidamente expresara Duguit hace más de sesenta años, depende,

ancho mar. Antes de 1954 el derecho español en materia de responsabilidad era muy pobre. En España, como en el resto del mundo occidental con la sola, aunque limitada, excepción de Francia, el principio que regía en la materia era, precisamente, el de la irresponsabilidad del Estado, nueva consecuencia del concepto de soberanía sobre el que, a partir de Bodino, se edificó el Estado. El rey no puede cometer injusto. Lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación. Nuestro tema empezaba y terminaba ahí.

Frente a este principio negativo poco o nada realmente significaron los tímidos intentos de la Constitución Republicana de 1931 (que reconoció la responsabilidad subsidiaria del Estado por daños cometidos por sus agentes mediando culpa o negligencia) y de la Ley de Régimen Local de 1945 (que admitió la responsabilidad directa de las Administraciones Públicas por ella reguladas cuando no existiera culpa en el agente productor del daño y la responsabilidad subsidiaria de aquéllas en los demás casos). En el orden práctico, en el plano del derecho vivido, la irresponsabilidad de la Administración era total.

De la noche a la mañana, pues, pasamos del cero al infinito, de la irresponsabilidad de la Administración a la cobertura patrimonial integral del ciudadano frente a toda lesión resultante del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, a la responsabilidad objetiva, directa e ilimitada de los entes públicos, sin más excepciones que las relativas a los supuestos de fuerza mayor.

El cambio —y con esto contesto a la pregunta antes enunciada— fue el producto puro y simple de la audacia de un grupo de jóvenes administrativistas que entonces empezaban su carrera académica en el seno de la sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos, a la que el gobierno de entonces encargó la elaboración de un anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa. A dos de ellos, los profesores Garrido Falla y González Pérez, les tienen ustedes delante en este momento. A un tercero, que asumió como ponente el protagonismo principal en la elaboración del citado anteproyecto de ley, el profesor García de Enterría, tuvieron muchos de ustedes ocasión de conocerlo personalmente hace algunas semanas. Este grupo de jóvenes juristas,

quierase o no, de la situación económica general y, muy particularmente, de la situación de las finanzas públicas. La ley, ciertamente, es la semilla, pero, aun en el caso de que la semilla sea de la mejor calidad posible, solo puede germinar y producir plantas lozanas en un clima apropiado y en un terreno previamente abonado.

Hablar de la responsabilidad patrimonial en general, en abstracto, es tarea inútil, una pérdida de tiempo. Hay que hablar de ella desde la realidad, desde una concreta realidad. Yo voy a hacerlo aquí, naturalmente, desde la realidad española, cuyo derecho ilustra muy bien en su concreta evolución las ideas hasta ahora avanzadas.

II EL PROCESO DE AFIRMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. El sistema vigente

Desde hace ya treinta años el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración en España tiene un carácter claro y rotundamente objetivo, enteramente ajeno a toda idea de culpa. Así de claro y así de simple, también. El artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954 es inequívoco al respecto cuando afirma que es indemnizable toda lesión que los particulares sufren en sus bienes y derechos que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Desde esa fecha, todos los problemas parecían estar ya definitivamente resueltos para siempre. De un solo golpe habíamos alcanzado por virtud de la ley citada la meta que tiempo atrás había vislumbrado Duguit ante nuestra propia incredulidad y la de todo el panorama comparado, en el que no existía, ni existe, una cláusula general de corte semejante.

¿Cómo pudo producirse un cambio tan radical? Parece obligado explicarlo brevemente aquí, supuesto que nos separa un

al fin que se dio de la gran renovación del Derecho Administrativo cuando impulsada a través de la Revista de Administración Pública en 1950, aprovechó la ocasión que entonces se les brindaba para dar un auténtico "golpe de mano" que situó nuestro sistema legal de responsabilidad patrimonial de la Administración a la cabeza del mundo occidental.

Por desgracia, el progreso del derecho no es cosa tan sencilla. El golpe fue demasiado brusco y el nuevo sistema tardó todavía mucho tiempo en echar raíces en el suelo de la realidad. Una realidad que por entonces no daba, ni mucho menos, para tanto. El país, destruido por una larga guerra civil, apenas empezaba entonces a levantar la cabeza, en medio de un aislamiento internacional que, con la notable excepción de la Argentina precisamente, le convertía a una economía precaria, de nueva subsistencia, de signo sustancialmente agrario, en la que la incipiente industrialización montada por la fuerza de las circunstancias sobre la base de una política de autarquía, se financiaba fatigosamente mediante la inflación.

En esas condiciones difícilmente podría prosperar la idea de Ducun de un Estado asegurador, a través de la caja colectiva, del riesgo social. El legislador de 1954 se había despegado tanto de la realidad social, que le ocurrió lo que al ciclista tras moto que se despega del rodillo que le une a ésta: pese a sus esfuerzos, no consiguió durante mucho tiempo acelerar su ritmo.

2 La actitud de la primera jurisprudencia

El análisis de la primera jurisprudencia aplicativa del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 ilustra con toda expresividad lo que acabo de decir.

En su momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se negó, incluso, a darse por enterada del cambio legislativo operado y siguió afirmando, como si éste no hubiera tenido lugar, la imposibilidad de que la Administración cause daños sin culpa (sentencia del 30 de setiembre de 1959).

En un segundo momento y ante la imposibilidad de seguir silenciando la existencia de la nueva Ley de Expropiación Forzosa, comenzó a citarla expresamente, pero siguió ignorando su

alcance y tomando la declaración legal de su artículo 121 como nueva expresión de un principio programático carente de instrumentación, cuya presunta ausencia le permitía volver al régimen común de responsabilidad por culpa del artículo 1902 del Código Civil ("el que por acción u omisión cause daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"), semejante al 1109 del Código Civil argentino (sentencias del 30 de mayo y 15 de diciembre de 1961).

La presión de los justiciables hizo poco a poco insostenible el argumento y entonces la jurisprudencia se refugió en la afirmación de la incompetencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para enjuiciar la responsabilidad de la Administración derivada de la actuación privada de ésta, forzando, naturalmente, el concepto de actividad privada. Así la sentencia del 28 de mayo de 1963 que rechaza por esta razón la demanda de responsabilidad formulada por un particular por razón de los daños producidos a consecuencia de la colisión de un automóvil de su propiedad con un vehículo administrativo, que el Tribunal Supremo consideró ajeno al servicio público.

En otros casos (sentencia del 17 de enero de 1963), el pretexto para la negativa se encontró en razones más discutibles, de índole formal (necesidad de impugnar simultáneamente el acto administrativo productor del daño, exigencia que, obviamente, carece de sentido en el marco de un sistema de responsabilidad objetiva en el que ésta se reputa posible incluso en los supuestos de funcionamiento normal de los servicios públicos).

La última trinchera jurisprudencial fue, lógicamente, una vez destruidas las anteriores, el problema de la causalidad, es decir, la negación del imprescindible nexo causal que en todo caso debe enlazar el hecho o acto administrativo con el daño producido. Así, por ejemplo, la sentencia del 12 de julio de 1960 rechaza por este motivo la demanda de reparación de los daños producidos en un automóvil que circulaba por una carretera en mal estado (la carretera nacional nº 1 para más señas) por estimar que esos daños pudieron deberse a otras causas, entre ellas la antigüedad del vehículo que no resistió por esa razón los baches que otros más nuevos soportan sin detrimento, o bien a la velocidad del mismo o, incluso, a la lluvia caída, lluvia salvadora con la que

se justificó también el rechazo de la demanda en otro supuesto semejante por la sentencia del 13 de febrero de 1965.

Hasta el final de la década de los sesenta, tres lustros después de la promulgación de la Ley de Expropiación Forzosa, no empezaron, pues, a producirse, por una u otra razón, pronunciamientos judiciales de signo positivo. ¿Por qué entonces?

3. El cambio de actitud en la jurisprudencia de los años setenta

A fines de la década de los cincuenta tiene lugar un proceso de ajuste de la economía española, el llamado Plan de Estabilización de 1957, que, al calor de la nueva coyuntura internacional y diplomática, abre aquella al exterior y la libera en el interior de no pocas de las trabas e intervenciones del período post-bélico. La operación pretende preparar el camino a un proceso de desarrollo económico que, en el marco de una planificación de signo indicativo que sigue los pasos del modelo francés, intenta aprovechar el impulso de una economía europea que también, por entonces, una vez ultimado el proceso de reconstrucción de los daños causados por la Segunda Guerra Mundial empieza a producirse con fuerza. En este nuevo contexto económico, nacional e internacional, el PIB español experimenta durante varios años y hasta, prácticamente, el estallido de la actual y prolongada crisis económica internacional en 1974, un crecimiento anual acumulativo del orden del 6 o 7% que transforma por completo la realidad social cotidiana.

Es entonces y por esa razón, precisamente, cuando empieza a germinar la semilla sembrada por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. La década de los setenta se abre con una actitud jurisprudencial enteramente nueva (a la que no es ajeno —es forzoso subrayarlo— el acceso al Tribunal Supremo de las primeras promociones de magistrados de la escuela de especialistas en lo contencioso-administrativo creada felizmente por la ley jurisdiccional del 17 de diciembre de 1956, que hablan el mismo lenguaje de la renovada doctrina jurídico-administrativa).

Casos idénticos de responsabilidad que en la década anterior eran sistemáticamente rechazados, son ahora resueltos de forma favorable. Así, la sentencia del 28 de enero de 1972 acoge la

demanda de responsabilidad deducida por la viuda de un motorista muerto en accidente de circulación causado por un bache existente en la vía pública, una vez constatada en prueba la existencia de ese bache, reveladora del incumplimiento por el Ministerio de Obras Públicas de sus obligaciones primordiales en orden a la conservación, cuidado y señalización de las carreteras nacionales.

Otra sentencia del 8 de febrero de 1973 estima igualmente la demanda formulada por el dueño de un camión que vuelca a consecuencia de dos grandes socavones, no señalizados, que existían a ambos lados de la carretera provincial por la que circulaba. La sentencia en cuestión afirma explícitamente que "difícilmente podrá estimarse normal la existencia de grandes baches en la carretera durante varios días, sin que se proceda a su señalización hasta después de ocurrido un accidente" y añade que "los conductores deben poder confiar en que los obstáculos en la calzada estarán reglamentariamente señalizados".

En ambos casos, obviamente, las circunstancias nos situaban en presencia de un funcionamiento anormal de los servicios públicos, esto es, en el campo menos problemático de la responsabilidad por culpa. A partir de ahí, sin embargo, el progreso es ya rápido. Una sentencia del 27 de enero de 1971 condena a la Administración a reparar los daños y perjuicios producidos a los propietarios de unos inmuebles situados a ambos lados de una carretera que atraviesa el centro urbano de una pequeña localidad, a resultas de la elevación de la rasante de la vía, elevación que priva a las casas de luz y ventilación y es causa de acumulación de nieves, lluvias y basuras y de peligro para los viandantes provocando, además, dificultades de carga y descarga, acarreo y manejo normal de una fábrica de jabones que uno de los reclamantes mantiene en el edificio afectado. Con ello se rompe sin más, con una vieja doctrina del Consejo de Estado, que, siguiendo la pauta de la doctrina clásica francesa, italiana y alemana consideraba que los colindantes con el dominio público no tiene por este solo hecho ningún derecho especial sobre el mismo, sino un mero interés, reflejo de la norma objetiva reguladora del dominio, que por ser simplemente tal excluye *ab-initio* toda posibilidad de reparación de los perjuicios que puedan derivarse para ellos de las modificaciones que puedan experimentar las dependencias dema-

niales. El funcionamiento del servicio público inherente a dichas transformaciones es aquí enteramente normal, pero, aun así, si de él deriva un daño individualizado para unos o varios ciudadanos éstos tienen pleno derecho a su reparación íntegra por la Administración que no pueden imponerles por esta vía, en beneficio de la comunidad, un sacrificio mayor que a los demás miembros de esta.

Incluso los daños resultantes de un caso fortuito empiezan a ser entonces objeto de reparación. Así, por ejemplo los producidos en viviendas y locales de negocios a consecuencia de roturas y averías en la red del servicio público de abastecimiento de aguas (sentencias, por ejemplo, del 23 de octubre de 1969 y 11 de diciembre de 1974). La primera de ellas afirma ya sin vacilación que la Administración es responsable "no sólo en los supuestos de probada culpabilidad de sus agentes, sino también en casos en que el origen de los daños escape a tal conducta", salvo que medie fuerza mayor, que en el caso enjuiciado se excluye ya que el día en que se produjo la rotura no llovió, "lo que —dice la sentencia— pone de relieve que el taponamiento que causó los daños obedece a falta de limpieza o a otras causas ajenas a la fuerza mayor pretendida". La del 11 de diciembre de 1974, por su parte, precisa que la fórmula legal incluye el caso fortuito, es decir, "aquellos eventos internos, intrínsecos, ínsitos en el funcionamiento de los servicios públicos, producidos por la misma naturaleza, con causa desconocida".

En esa misma línea se sitúa la sentencia del 19 de mayo de 1970, que estima una demanda de responsabilidad relativa a los daños producidos por un desprendimiento de rocas en una carretera por entender que éste es un "hecho perfectamente previsible, aunque su acaecimiento no sea reiterado, ni frecuente" y, además, "evitable si no hubiera mediado la omisión de las medidas precautorias adecuadas".

La jurisprudencia de los años setenta estima igualmente las demandas de resarcimiento incluso en los casos en que, junto al hecho o acto administrativo determinante de la producción del daño es posible detectar la existencia de una actitud culpable o negligente de la propia víctima, dato éste que puede moderar la cuenta de la indemnización, pero no excluirla. Así, por el ejem-

plo, el dictamen del Consejo de Estado del 1º de julio de 1971 (órgano que interviene en los expedientes de responsabilidad por vía consultiva y cuyos informes, aunque no vinculantes, gozan de una gran auctoritas), en un supuesto de revocación de una concesión demanial erróneamente concedida a partir de los datos ofrecidos por el propio concesionario reclamante. Lo mismo la sentencia del 8 de marzo de 1967 dictada en un supuesto de denegación de una licencia de construcción a un particular por razón de la disconformidad existente entre el proyecto presentado por el peticionario y el plan de ordenación urbana, disconformidad de la que no había sido advertido por la Administración municipal, que, por el contrario, informó al interesado previamente que los terrenos tenían la condición de edificables.

Idéntica doctrina mantiene la sentencia del 25 de enero de 1974, que condena a la Administración por los daños producidos a consecuencia del derribo de un hotel, construido con autorización municipal, en las cercanías del aeropuerto de Ibiza. La sentencia razona que, aunque, en efecto, el hotel está construido dentro de la zona de limitaciones y servidumbres aeronáuticas, si la Administración hubiera reaccionado con más diligencia y de forma menos contradictoria (primero informó favorablemente en relación al problema de las servidumbres aéreas y luego en sentido negativo) se hubiera evitado que su construcción progresara y con ello los daños inherentes a la ulterior demolición del edificio.

A lo largo de esta década son muy frecuentes, también, las sentencias que condenan a la Administración en razón del enriquecimiento injusto experimentado por ella a consecuencia de la realización de obras sin contrato previo o a través de contratos afectados de vicios de nulidad, vicios en los que la Administración no puede escudarse para negar el pago del precio al contratista que realizó las obras (sentencia del 11 de mayo y 6 de junio de 1976, la misma doctrina en relación a reclamaciones formuladas por funcionarios y agentes públicos con título irregular).

Una sentencia del 8 de marzo de 1974 condena igualmente a la Administración al pago de los daños inferiores a unos empresarios españoles instalados en Guinea Ecuatorial a consecuencia de decisiones adoptadas por el presidente de aquel país africano en represalia por la informaciones difundidas en relación a su

actuación, por televisión española y ello en razón, no solo del carácter público de la entidad difusora de la información, sino también de la falta de una protección diplomática eficaz de las víctimas, capaz de conseguir la reparación del gobierno guineano.

La sentencia más espectacular de esta década es la producida en el asunto de "los novios de Granada". La sentencia, del 12 de marzo de 1975, condena a la diputación provincial de Granada a indemnizar a la familia de una pareja de novios que paseaba junto al Hospital Provincial, dependiente de la Diputación cuando un demente internado en el mismo se arrojó por la ventana causando la muerte al novio y heridas de cierta consideración a la novia. Según la sentencia, la diputación provincial "no puede exonerarse invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de tercero, puesto que el perturbado, al hallarse internado en el hospital, no constituía agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que, como tal, se integraba en su organización y disciplina". Entre los daños que se computan a los efectos de fijar la indemnización procedente, la sentencia incluye los de carácter moral consistentes en la pérdida misma de las expectativas (ciertas en aquel momento) de matrimonio para la novia a consecuencia de la muerte de su novio.

El examen de la jurisprudencia de los años setenta pone de manifiesto con bastante claridad la franca acogida del sistema legal, ajeno, como hemos visto, a la idea de culpa y que integra, por lo tanto, los daños producidos por caso fortuito. La aplicación de ese sistema es generosa y revela una notoria amplitud en la valoración de los fenómenos de imputación (el paciente integrado en un hospital público forma parte, en razón de dicha integración de la organización administrativa) y de causalidad (la concurrencia de culpa de la víctima no es bastante para producir la exoneración total de la Administración), así como en la consideración de los daños susceptibles de indemnización a los que el legislador sólo exige que sean efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a una persona o grupo de personas (cumpliendo estos requisitos, los propios daños morales son, también susceptibles de indemnización).

Subsisten, desde luego, algunos problemas, pero el clima es ya francamente favorable al reconocimiento de la responsabi-

dad de la Administración. Las profundas transformaciones socio-económicas producidas en España a lo largo de un periodo de crecimiento económico ininterrumpido explican, como ya he dicho, este cambio de actitud. Se ha entrado ya en una época de prosperidad que ha situado al país en un nivel cualitativamente distinto y por eso se exige más a la Administración y el *self-restraint* jurisprudencial de la época anterior desaparece al ritmo del aumento de la sensibilidad colectiva.

III. LA SITUACIÓN ACTUAL

La situación actual es la continuación lógica de la evolución que acabo de describir. Como ya destacué al comienzo de mi intervención, la Constitución de 1978 ha hecho suya la cláusula general de cobertura patrimonial de los ciudadanos introducida en nuestro derecho por la Ley de Expropiación de 1954, lo cual dota a dicha cláusula de la fuerza y la prestancia propias de la norma constitucional.

El artículo 106 de la Constitución no hace referencia al plazo de la reclamación, que la ley tiene fijado en un año, pero la jurisprudencia viene interpretando ese plazo con generosidad, lo que impide que queden privados de cobertura por razones formales los daños que la merecen. Baste citar, a título de ejemplo, la sentencia del 7 de julio de 1982, que considera ininterrumpido el plazo cuando "hubiere negociaciones entre el perjudicado y la Administración al objeto de lograr la reparación del daño, interín se denotará buena fe". La misma doctrina se mantiene por la sentencia del 3 de noviembre de 1975 y por el reciente dictamen del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 1985. El *dies a quo* del cómputo es también, desde hace años, objeto de un análisis muy amplio, estimándose que el plazo no empieza a correr en tanto los daños se sigan produciendo por mucho que sea el tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el hecho que los desencadenó.

La responsabilidad por hechos materiales, especialmente en los casos de funcionamiento anormal de los servicios públicos, ha

dejado va de ser un problema por grande que sea la cuantía de las indemnizaciones, dato este que en España y en cualquier otro lugar suele ser, por razones metajurídicas pero obvias, el principal obstáculo real a la estimación de las demandas de resarcimiento. La reciente sentencia del 6 de marzo de 1985 es una prueba palpable de lo que digo (hundimiento de un superpetrolero en el puerto de La Coruña al chocar con una aguja rocosa no indicada en las cartas marinas; la demanda ha sido estimada a pesar de que el importe —valor del barco hundido y su carga— asciende a más de diez millones de dólares).

La imputación del daño a la Administración tampoco ofrece dificultades mayores, incluso en casos en cierto modo límites. En este sentido merece citarse el dictamen del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 1985 que estima procedente la indemnización solicitada por una empresa exportadora española por el importe de una operación abonada en su día por el Gobierno de Sierra Leona a la Agente Consular honoraria de España en aquel país, con el que dicha agente terminó alzándose en beneficio propio. La Agente Consular excedió sin duda, el límite de sus atribuciones, y terminó cometiendo un delito, lo que, obviamente, está fuera del servicio público y constituye, desde el punto de vista jurídico-penal, una acción estrictamente personal. La perspectiva de la responsabilidad, sin embargo, es otra, la cobertura de la víctima, para la que la apariencia fundada de una actuación regular del agente o funcionario es suficiente a los efectos de poner en él —y en la Administración a la que parece tener detrás— toda su confianza, confianza que la Administración no puede defraudar.

Subsisten, claro está, dificultades en los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos y es que, en este ámbito, aunque la cláusula general cubra, en principio, el supuesto, no siempre es fácil deslindar lo que constituye una carga común a la generalidad de los ciudadanos (no indemnizables) y una carga o sacrificio especial impuestos a alguno en concreto a resultas de situaciones realizadas en beneficio de todos (indemnizable).

Esta es, en efecto, la doctrina general, que aparece perfectamente plasmada en el dictamen del Consejo de Estado del 8 de julio de 1974, que por esa razón merece la pena transcribir aquí.

“Los daños causados por el normal funcionamiento de los servicios públicos son, *por lo común, cargas no indemnizables que los administrados tienen el deber jurídico de soportar a causa de su generalidad*, sin embargo, cuando la carga pasa de ser general a singular y entraña un sacrificio excesivo y desigual para algunos de los administrados, se convierte en una lesión indemnizable en razón de la particular incidencia dañosa de la actividad administrativa sobre el patrimonio del perjudicado. *Esta mayor intensidad del sacrificio* postula claramente el reconocimiento al administrado del derecho a obtener la indemnización compensatoria del daño sufrido que, por su gravedad excepcional, no puede ser considerado como una carga general de obligado acatamiento”.

Una sentencia de la Audiencia Nacional del 2 de enero de 1980, de la que fue ponente el doctor Fernando Ledesma, actual ministro de Justicia, aplica con toda precisión esta diferencia, los daños derivados de una devaluación monetaria no son indemnizables porque gravitan con carácter general sobre todos los ciudadanos, si lo son, en cambio, los mayores costos que a resultas de la devaluación recaen sobre un contratista que tiene que adquirir en el exterior los equipos contratados con la Administración después de acordada la devaluación, por no haber obtenido todavía en ese momento la licencia de importación solicitada por él con anterioridad.

Las dificultades aludidas se incrementan en los supuestos de responsabilidad por actos administrativos lícitos. Los casos más frecuentes suelen plantearse a propósito de la modificación de los planes urbanísticos, de la revocación de autorizaciones y licencias por motivos de oportunidad y de la revocación de licencias otorgadas erróneamente o con infracción de la normativa aplicable.

En todos estos casos, que no puedo ya analizar aquí con detalle, hay en nuestro derecho normas de cobertura específicas que consagran la posibilidad de exigir y obtener el resarcimiento. La reforma de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana realizada en 1975 ha procurado limitar la procedencia del resarcimiento en los supuestos de revocación de licencias por motivos de legalidad precisando en el nuevo artículo 232 que “en ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado”, pero la jurisprudencia ha interpreta-

do rigurosamente el alcance de esta restricción legal afirmando que el mero conocimiento por el titular de la licencia luego revocada de la ilegalidad de ésta no es bastante para excluir la procedencia del resarcimiento inherente a la revocación, a menos que, con su conducta, el particular hubiera inducido a error a la Administración falseando los datos presentados ante ésta o actuando de un modo similar al indicado (sentencias del 26 de setiembre de 1981 y 2 de marzo de 1982).

Fuera de estos casos, que cuentan como he dicho, con una específica cobertura legal que facilita la resolución favorable, si que siendo problemática la responsabilidad por actos lícitos, de la que, al margen de los ya citados, no hay, hoy por hoy, ejemplos que destacar.

Esto es, en la apretada síntesis a que las circunstancias me obligan, el panorama actual del tema en nuestro derecho.

IV. EL FUTURO INMEDIATO

Como han podido ver, la responsabilidad patrimonial de la Administración funciona en forma bastante satisfactoria hoy en España. La configuración objetiva de la institución evita a la víctima el esfuerzo de localizar la culpa y el culpable, ya que basta probar que existe un daño efectivo e individualizado, imputable a la organización administrativa en cuanto tal. Las únicas dificultades que suelen plantearse en la práctica se refieren normalmente al problema de la causalidad, especialmente en los casos de concurrencia de culpa de la víctima o de interferencia de una causa extraña, aunque como ya he advertido, la jurisprudencia se ha ido progresivamente abriendo en estos casos y a lo más que llega en ellos es a moderar la cuantía de la indemnización procedente.

No todo está resuelto, sin embargo, aunque las líneas de la evolución están claramente trazadas. Esa evolución tiene que enfrentarse hoy, en su progreso, con un sólo obstáculo importante y es, nuevamente, el que ofrece la situación de crisis económica por la que atraviesan hoy todos los países en mayor o menor medida. El momento no es por ello muy propicio para ver en el Es-

tado ese asegurador del riesgo colectivo del que hablaba Duguit, ya que el propio concepto del Estado-providencial al que esa idea está vinculada está sufriendo las consecuencias de la crisis y no alcanza siquiera a financiarse con un mínimo desahogo.

La responsabilidad patrimonial de la Administración tiene ante sí todavía un largo camino que recorrer y en ese camino puede haber y habrá sin duda, vacilaciones y aún momentáneos retrocesos. El ritmo y el tiempo lo marcará en todo caso la propia evolución general de la sociedad, que es, en definitiva, lo que mueve las conciencias y cambia la sensibilidad colectiva.

7.El problema de la reparación patrimonial al particular

Antonio Carrillo Flores

II. PROBLEMA DE LA REPARACIÓN PATRIMONIAL AL PARTICULAR.—SU PLANTEAMIENTO EN MÉXICO.—LOS JUICIOS EN QUE LA FEDERACIÓN ES PARTE.—EXAMEN DE LAS DIVERSAS DOCTRINAS Y DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.—LA LEY DE TRIBUNALES DE 1934.—CONCLUSIONES.

En los primeros capítulos planteamos el problema de la defensa jurídica del particular frente a la Administración en forma genérica, o como la posibilidad de que dentro del curso del procedimiento administrativo el particular logre una decisión favorable a sus intereses, o, si no logra éste decisión favorable, que tenga a su disposición un medio jurídico para obtener, decíamos en forma genérica, la eliminación del acto administrativo lesivo.

Esta eliminación puede asumir dos formas concretas: una es la declaratoria de invalidez del acto administrativo, que vuelve jurídicamente las cosas al estado anterior, y una segunda, que será la que exploremos en particular en este capítulo, es la reparación patrimonial del daño o del perjuicio sufrido por el particular con motivo de la decisión administrativa que lo haya lesionado.

En la primera hipótesis la contienda se plantea entre el particular y el órgano del Estado: disputa el particular que el órgano obró fuera de su competencia o quebrantando la ley (aún en el caso de desvío de poder hay en realidad una violación si no del texto de la ley, sí de lo que se ha llamado el espíritu de la ley). En cambio, en la segunda de las formas de la defensa del particular, la relación nace no con el órgano, sino con el Estado. En la primera, si la jurisdicción decide que el órgano obró fuera de su competencia, el acto, para emplear una expresión kelseniana, no es "imputable" al Estado, porque a éste sólo se imputan los actos a través de la competencia de sus órganos; en la segunda for-

ma de reparación no es posible quedarnos en el órgano: tenemos que llegar al Estado mismo, porque lo que busca el particular es que los medios materiales, los recursos patrimoniales, los fondos en suma, de que el Estado dispone y que deben destinarse normalmente a la satisfacción de las necesidades generales, sufran una desafectación individual por virtud de la cual se dediquen ya no a atender las necesidades generales, sino a la reparación concreta del agravio.

Por eso es que esta segunda forma de contencioso no se ha podido entender nunca como una relación jurídica del particular con el órgano, sino que ha habido que aceptar que cuando existe conforme al derecho positivo, el sometido a la jurisdicción no es el órgano sino el Estado. Esta forma segunda de contencioso (que en la doctrina francesa se llama el contencioso de plena jurisdicción, en oposición al contencioso de anulación, llamado también objetivo porque es un contencioso en que propiamente, dice una parte de la doctrina, no hay demandado) no puede concebirse allí donde el particular no cuenta con medios expeditos, ya no de enjuiciar al órgano del Estado, sino al Estado mismo; ya no de demandar en abstracto la anulación del acto respectivo, sino de demandar al Estado mismo. Vemos pues, cómo este problema nos lleva naturalmente a la cuestión de la forma de enjuiciamiento del Estado como persona jurídica; es decir, en México, al problema de los casos (para limitarnos a la Administración Federal que es la única que hemos tocado) en que la Federación es parte.

La afirmación de que no puede hablarse de una defensa real del particular de la segunda manera señalada, allí donde no cuenta con un medio expedito de enjuiciar al Estado, no es original. Carleton Allen, profesor inglés, en una monografía suya, ya citada, "Burocracia Triunfante" que toca los problemas de la justicia administrativa en Inglaterra, muestra cómo no puede hablarse en su país de una real justicia administrativa en sentido material, por las dificultades con que tropieza el particular para demandar al Estado.* Choca, desde luego, con los principios clásicos de que la Corona nunca hace mal y de que el Estado no puede ser de-

mandado sin su consentimiento, pero también con la complejidad de las jurisdicciones inglesas y con la falta de ajuste de esas jurisdicciones con las entidades de nuevo tipo que el Estado va creando para su obrar cada día más amplio, más invasor de la actividad privada. En Estados Unidos también se ha estudiado esta situación. La misma dificultad que en Inglaterra constituye el principio de que el Estado no puede ser demandado sin su consentimiento, existe en el derecho americano. Una de las primeras reformas de la Constitución posterior a la Carta de Derechos (que ya implícitamente estaba aceptada desde que se ratificó el texto) tuvo por objeto prohibir a la Suprema Corte que enjuiciara a los Estados sin su consentimiento como lo había hecho en el famoso caso de *Chisholm contra Georgia*, que don Emilio Rabasa cita cuando en su obra sobre El Juicio Constitucional alude a las dificultades en que se halló la Suprema Corte de Estados Unidos para fincar su autoridad. La reforma undécima tuvo que declarar en forma expresa que nunca se extenderá la jurisdicción de la Corte hasta enjuiciar a un Estado sin su consentimiento.

El Alto Tribunal tradicionalmente ha resuelto que cuando el artículo 3º fracción II de la Constitución habla de que el poder judicial se extenderá entre otras a las "controversias en que los Estados Unidos sean parte", sienta un principio cuyo alcance hay que establecer en armonía con las viejas reglas que en materia de enjuiciamiento regían y eran respetadas en la época en que se dictó la Constitución. En una ejecutoria todavía muy reciente, la de *Williams contra Estados Unidos*, la Suprema Corte reitera su interpretación y declara que el precepto citado cuando habla de las controversias en que los Estados Unidos sean parte, en rigor se refiere sólo a aquellas en que sean actores.

No debe pensarse, sin embargo, que el derecho norteamericano no conozca hipótesis alguna de enjuiciamiento del Estado a instancia de particulares. Desde 1855 se abordó el problema al establecerse la Corte de Reclamaciones (*Court of Claims*). De 1855 a 1863, por disposición legal los fallos condenatorios de la Corte que implicasen erogación de fondos públicos no podían cumplirse sino cuando el Congreso, a propuesta del Secretario del Tesoro, hiciera la necesaria provisión de fondos. En ese año la Suprema Corte dictó una ejecutoria, *Gordon vs. Estados Unidos*, resolvien-

do que atendida esa restricción, la Court of Claims no era un tribunal verdadero, puesto que no se concede un tribunal digno de este nombre que no tenga autoridad para ejecutar sus decisiones. El Congreso, entonces, derogó el precepto referido y desde esa época la Suprema Corte admitió el carácter de Tribunal de la Court of Claims y, consecuentemente, su propia jurisdicción para conocer en apelación de los fallos de dicho cuerpo. Esta situación perduró hasta 1925, cuando al cambiarse el enjuiciamiento federal de apelación, se fijó el recurso discrecional de certiorari como el adecuado para llegar a la Suprema Corte.

En la sentencia ya nombrada de Williams contra Estados Unidos establece la Corte que la existencia del Tribunal de Reclamaciones no es incompatible con el privilegio de que la Federación disfruta de no ser demandada, supuesto que, por voluntad del Congreso, expresada al crear el Tribunal, se ha facultado a éste para que ejerce una competencia determinada (auxiliar en realidad de las funciones del Congreso) distinta de la que corresponde a los tribunales en sentido constitucional. En otras palabras, la Suprema Corte decide que el privilegio que tiene la Federación de no ser demandada rige sólo para los "tribunales constitucionales", pero que no es incompatible con la creación de otros cuerpos que por disposición legislativa intervengan en la decisión de ciertos tipos de contiendas suscitadas por los particulares en contra del Estado.

No obstante que este criterio de la Corte abre en verdad la puerta para que a pesar del fuero concedido a la Federación, los particulares cuenten con medios expeditos para demandar al Estado, la jurisdicción de la Court of Claims no se ha extendido a la reparación patrimonial, consecuencia de la acción administrativa irregular. En efecto, las disposiciones que fijan la competencia de la Corte determinan como casos más generales los vinculados con los contratos o actos asimilables a contratos o con situaciones especiales admitidas en las leyes del Congreso (muchas se han dictado que mandan al Tribunal de Reclamaciones intervenir en casos concretos) pero no a lo que en el derecho anglosajón se llama los "torts"; esto es, los actos y hechos generadores de responsabilidad extracontractual que están en un punto medio entre

el quasi contracto y el delito¹ y que, en materia administrativa, cubren las mismas situaciones que, según adelante se verá, corresponden a la que agrupa el concepto francés de la "culpa del servicio público".

Si el daño derivado de uno de estos hechos es imputable a un particular, el ofendido cuenta, conforme al derecho anglosajón, con una amplia oportunidad para obtener la reparación; en cambio, dice William Anderson, "cuando el gobierno o alguno de sus funcionarios o empleados comete el acto en perjuicio de una persona privada, el caso es diferente. Un camión de correos atropella a un niño o daña un automóvil; un inspector gubernamental de alimentos destruye algunas sustancias en buen estado al hacer una inspección y así sucesivamente. Estos son 'torts'. La vida, la libertad o la propiedad ha sido tomada o dañada por actos gubernamentales. En estos casos la Corte de Reclamaciones no puede intervenir. Es necesario que el ofendido o sus herederos, si él ha muerto, logren que un miembro del Congreso promueva una ley especial (private bill) que sea aprobada por el Congreso y sólo así podrá lograrse la restitución de los daños. Todavía el Congreso no ha creído oportuno entregar a una Corte regular la decisión de estos casos de acuerdo con la ley". Se advierte desde luego lo incierto e irregular del procedimiento, sometido a las contingencias de la política, tomando esta expresión en su sentido más pobre. El propio Anderson señala algunos ejemplos tomados de tres periodos de sesiones del Congreso, los corridos del año de 1929 a 1931: mediante una de esas leyes especiales se concedió una compensación de 1 000 dólares a una joven atropellada por un camión de correos en 1917, esto es, 14 años después del accidente; por otra se fijó una indemnización a una persona arrestada sin motivo y objeto de medidas confiscatorias en 1918, y mediante una tercera se otorgaron 90 dólares al dueño de una propiedad dañada por una explosión en la estación migratoria de Staten Island en Nueva York. Ante la dificultad del procedimiento legislativo, los particular lesionados en general, prefieren seguir otro camino establecido por una ley de 1922: acudir

¹ Enciclopedia de Ciencias Sociales. (La situación varió desde 1918, según se explica en el prólogo a esta edición. Nota de 1972)

a los departamentos del Ejecutivo que están autorizados para otorgar indemnizaciones hasta por mil dólares "cuando el daño es a la propiedad y no a las personas y siempre que el propietario convenga en que el arreglo que con él se tenga termine el asunto". "Este tipo de reclamación, concluye el autor citado, en su obra sobre el Gobierno Americano, puede resolverse directamente sin recurso a los tribunales, pero es curioso que los derechos de propiedad tengan primacía sobre las personas. Si el automóvil de alguien es dañado por un camión del correo hasta por mil dólares o menos, el departamento respectivo puede reparar el daño, mas si un peatón es el atropellado por el mismo vehículo y sufre lesiones que lo obliguen a hospitalizarse y a pagar fuertes sumas por su curación, sólo una ley del Congreso puede indemnizarlo y esto, acaso, muchos años después de lo sucedido."

Frente a esta situación que nos presentan Inglaterra y Estados Unidos, derivada precisamente de la dificultad de un claro enjuiciamiento del Estado, nos hallamos con la organización jurisdiccional y la jurisprudencia de Francia. En Francia, con el establecimiento de un tribunal de competencia bien definida (el Consejo de Estado en última instancia) ha podido por obra puramente jurisprudencial, casi consuetudinaria, crearse todo un cuerpo armónico de principios que garantizan al particular, ya no solamente la anulación del acto ilegítimo, sino la responsabilidad del Estado, por actos administrativos lesivos al interés privado. Es toda la jurisprudencia construida alrededor del concepto "culpa del servicio público".²

La evolución jurisprudencial francesa ha sido muy lenta, llena de matices y de salvedades, hasta llegar a concluir que hay una culpa específica en el funcionamiento de los servicios públicos cuando éste ha asumido cierta forma irregular de prestación —o de falta de prestación— perjudicial para un particular. Esta culpa no está siempre vinculada con el obrar de un agente; puede ser en ocasiones una culpa impersonal en la que no sea posible atribuir el daño al obrar imprudente de alguien. Dufrenois señala este ejemplo: en unas maniobras militares que debieron hacerse

con armas cargadas con pólvora, el fusil de un soldado disparó un proyectil verdadero que fue a lesionar a una persona que las presenciaba. En este caso no sería posible adscribir la responsabilidad a nadie, porque por las reglas del derecho penal habría que presumir inocentes a todos los soldados. Sin embargo, es cierto que hubo una culpa del servicio público, en cuanto que hubo un pelotón, un grupo de soldados, en el que uno de ellos llevaba arma con proyectil y no solamente con pólvora.

La culpa no debe probarla el particular en la forma estricta en que debe demostrar la culpa en una acción privada de responsabilidad civil, porque es tan complejo el mecanismo del Estado que si fuera a imponerse al particular la carga de la prueba de quién y cómo cometió la culpa en el servicio, habría en muchas ocasiones imposibilidad absoluta para satisfacer esa carga y se impondría absolver a la Administración. Por eso el Consejo de Estado en sus últimas ejecutorias sólo exige del particular que alegue y que pruebe el daño y es el mismo Consejo el que en un procedimiento inquisitivo busca si existió la culpa, y si la encuentra demostrada, dicta la condenación. En otras palabras, en estos juicios de responsabilidad no rige el procedimiento acusatorio.

Por último, acaso la nota más importante, es que hay cierta autonomía entre el concepto de ilegalidad y el concepto de responsabilidad. Ni todo acto ilegítimo de la Administración es causa de responsabilidad ni todo acto legítimo libera de ella al Estado. Esto se explica por el propósito constante del Consejo de Estado de hallar un equilibrio entre dos elementos: la defensa del particular y la necesidad de no establecer trabas insuperables a la Administración en su obrar diario. Ha tenido el Consejo de Estado que exigir una falta del servicio relativamente grave, para no alentar en los agentes del Estado actitudes tímidas, que hagan imposible la marcha de la Administración Pública. Aquí, comenta Dufrenois, se advierte cómo la justicia administrativa no nació en Francia por respeto sólo al principio de la división de poderes, sino por una exigencia social: lograr tribunales conocedores de las necesidades de la Administración, independientes hasta donde la independencia es precisa para lograr un juicio imparcial, pero por su preparación y antecedentes vinculados con ella en la medida indispensable para que sus fallos no se emitan por razona-

² Flaminio, El cúmulo de la responsabilidad del agente y de la persona moral administrativa; y Dufrenois, La culpa del servicio público, además de los tratados generales. (Nota de 1939).

mientos puramente lógicos, sino conociendo la realidad de la Administración y creando un equilibrio entre el interés privado y el interés público.

Hay casos en que la ilegalidad no crea responsabilidad; son —entre otros— aquellos en que aunque el obrar de la Administración sea ilegítimo hubiese podido lograrse lo mismo con un proceder legítimo, como los de simple violación al procedimiento. A la inversa, hay casos de acción legítima, pero que crean responsabilidad; corresponde esto al concepto civilista del abuso del derecho: cuando el particular tiene un derecho y lo ejerce en forma abusiva nace una responsabilidad a su cargo. La Administración también puede haber tomado una decisión legítima, pero abusando de su derecho; el abuso crea responsabilidad para el Estado, aunque el agente haya obrado dentro de la órbita de su competencia.

Si la culpa no se puede desprender del servicio, hay una responsabilidad directa de la Administración; cuando la culpa puede entenderse separadamente del servicio, pero no hubiera podido acontecer si no hubiese habido una culpa del servicio, aparece la acumulación de la responsabilidad del agente con una responsabilidad subsidiaria del Estado que protege al particular de la involucrencia del empleado. Conviene citar dos ejemplos muy conocidos para ilustrar cómo funciona el sistema francés: un particular va a una oficina de correos a depositar un mensaje dentro de las horas reglamentarias del servicio y la halla cerrada; por consejo de los guardianes del edificio hace uso de una puerta reservada sólo para los empleados y llega directamente al lugar donde ellos están formando los bultos de la correspondencia. Los empleados montan en cólera, en forma violenta arrojan al particular a la calle y éste se rompe una pierna. Hubo una falta notoria de los empleados de correos; pero, además, una culpa del servicio: ¿por qué se cerraron las puertas de la Administración de Correos antes de la hora reglamentaria? Otro ejemplo tomado de la época de la guerra: estaba prohibido que los soldados llevaran a sus casas las armas cargadas y los objetos peligrosos que hallaran en las trincheras. Un soldado comunica a un suboficial que halló una granada sin explotar y que la ha llevado a la casa donde está viviendo; el suboficial no le hace reprensión alguna; estalla la

granada en la casa y mata a los hijos de la familia. El soldado es condenado; sin embargo, se estima que la Administración ha actuado en forma defectuosa, que no ha habido la necesaria vigilancia para lograr la entrega de la bomba, no obstante que el soldado había comunicado al suboficial la existencia de ella en su poder.

Una vez que hemos pintado la situación que existe cuando la organización jurisdiccional no permite un fácil acceso de los particulares a los tribunales para enjuiciar al Estado y la que se presenta cuando esa organización sí existe, veamos cuál es la situación en México.

En México, tenemos en cuanto a normas de derecho sustantivo, en el Código Civil de 28, artículo 1928 que dice: El Estado tiene obligación de responder por los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva y contra el Estado cuando el funcionario no tenga bienes y sin que, según el artículo 1916, la reparación comprenda el daño moral.*

El precepto es defectuoso si lo comparamos con lo que en defensa del particular se ha logrado en Francia; desde luego aparece la responsabilidad del Estado siempre como subsidiaria, nunca directa; con el inconveniente de que hay que hallar a un responsable directo, de manera que cuando no se puede lograr, aun cuando notoriamente esté demostrada la culpa en el servicio, no habrá manera de alcanzar al Estado. En el ejemplo del soldado del pelotón que tenía el fusil con proyectil verdadero, no habría manera, aun tomando el problema desde el punto de vista del derecho sustantivo, de enjuiciar al gobierno, porque antes habrían sido absueltos los soldados.

Pero no es eso todo: aun hallando el responsable directo, es preciso antes hacer excursión en sus bienes y, todavía, si por tribunal competente se logra la condena no podrá hacerse más que obtener la notificación del fallo a la autoridad administrativa para que ésta dentro de la órbita de sus facultades proceda al cumplimiento de lo resuelto, pero sin que en ningún caso sea posible

* Véase la ya citada parte IV del prólogo a esta edición, para el cambio que introdujo el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos de 1911. (Nota de 1972).

tomar medida alguna ejecutiva; es decir, la misma situación de la Court of Claims hasta antes de 1863, según se indicó en su oportunidad, y que motivó que la Suprema Corte le negara el carácter de tribunal.

En la exposición de motivos del Código Federal de 1897 se pretende justificar este régimen, sobre argumentos jurídicos derivados del principio constitucional de que no puede hacerse pago alguno que no esté designado en el presupuesto o autorizado por decreto posterior, e indicando que el precepto evitaría que ni la vida de la Unión ni la de las entidades federativas "se viera amenazada por la crisis económica que pudiera surgir si los jueces tuvieran la facultad de ocupar los fondos públicos haciendo con esto imposibles los servicios administrativos y trastornando el orden social". Salta a la vista lo exagerado del argumento. En Estados Unidos no se ha trastornado el orden social porque sean de cumplimiento inmediato los fallos del Tribunal de Reclamaciones; basta para ello con que en el presupuesto de cada año se haga en general la provisión de los fondos para cumplimentar las sentencias que se dicten.

Claro que en México la provisión de fondos sería —por ahora— innecesaria, pues no puede llegarse al fallo condenatorio, según hemos venido anticipando, por la falta de definición de uno de los presupuestos del proceso: el tribunal competente para enjuiciar al gobierno federal en materia de responsabilidades administrativas.

El artículo 105 de la Constitución establece que la Suprema Corte conocerá en única instancia de los juicios en que la Federación sea parte,* en tanto que la fracción III del artículo 104 concede a los tribunales federales jurisdicción sobre la misma materia. La Constitución de 1857 contenía preceptos equivalentes si bien en uno de ellos hablaba de "Unión" y en otro de "Federación" y no aludía a "única instancia" sino a que los juicios se llevarían "desde la primera instancia", pero siempre como competencia exclusiva de la Suprema Corte. En la Carta de 1824 no se encuentra disposición similar; en la disposición relativa a la

competencia de la Suprema Corte se usa un concepto diverso: el de los contratos hechos por el gobierno directamente o por algún funcionario con orden de aquél. Los antecedentes de los preceptos de 1857 y de 1917 se hallan en la Constitución Norteamericana; por eso fue erróneo el camino que en 1897 tomó don Luis G. Labastida de vincular la interpretación de estos textos con la Carta de 24.

Hemos visto ya, en términos generales, cuál es el sistema norteamericano. Ciertamente que en 1857 ese sistema apenas empezaba a desenvolverse, puesto que la creación de la Corte de Reclamaciones se hizo en febrero de 1855. Esto no impide, sin embargo, que pueda hacerse el reproche a los Constituyentes de aquella época de haber adoptado un sistema jurisdiccional contrario a nuestros precedentes y cuyos elementos implícitos y desarrollo no eran conocidos entre nosotros de manera de permitir su adecuada adaptación.

En efecto, la tradición mexicana —que ya existía, supuesto que se había formado al amparo de la Constitución de 1824 y de la Ley Orgánica de la Corte de 1826— era en el sentido de que la Federación Mexicana, a diferencia de la norteamericana, si podía ser demandada, a lo menos en algunos tipos de contiendas, los derivados de contratos y cuasi-contratos y que de esas contiendas deberían de conocer los Juzgados de Distrito y los Tribunales de Circuito cuando no hubiesen sido realizados los actos origen del pleito por orden expresa del gobierno, sino por agentes subalternos. La Corte sólo por recurso intervenía.

El error es todavía más palpable si se piensa en que no obstante que en México, por la posibilidad de enjuiciar a la Federación el cúmulo de negocios por fuerza debía ser mayor que en Estados Unidos, se fuese más allá de la Constitución norteamericana, dado que ésta, si bien fija la jurisdicción de los tribunales federales para las controversias en que los Estados Unidos sean parte, no señala la jurisdicción privativa de la Suprema Corte.

Hubo pues, copia defectuosa del modelo y además desconocimiento del alcance de la institución copiada y contradicción con los precedentes mexicanos. En el relato que Zarco hace de los debates nada se encuentra que justifique el extraño precepto. Acaso, como en algunas ejecutorias de nuestra Corte se ha dicho, los

* Este texto fue modificado ya en 1967. La edición de 1959 de este libro planteó por primera vez la necesidad de la reforma. (Nota de 1972.)

Constituyentes creyeron vagamente que la respetabilidad de la Federación imponía que sólo fuese enjuiciada ante la Suprema Corte. De todas maneras, y ante una falta de motivación o siquiera de duda surgida en los debates acerca de la posibilidad de la Suprema Corte para hacer frente como tribunal de jurisdicción privativa a todos los pleitos en que la Federación sea parte, puede legítimamente imputarse a los diputados de 57 una inadvertencia o una falta de previsión; y esto, no ya examinando el problema frente a las exigencias que después habrían de presentarse, sino aun planteándolo dentro de los casos naturales derivados de lo que podría llamarse el comercio jurídico tradicional: los contratos, las compraventas de inmuebles, la reclamación de deudas patrimoniales, todo esto origina situaciones jurídicas que pueden dar lugar a litigios y como en todos ellos puede la Federación aparecer ya como sujeto activo o como sujeto pasivo, no se ve el motivo racional o de conveniencia para entregarlos a la Corte en jurisdicción privativa.

A las deficiencias de la norma hay que añadir las incertidumbres de la doctrina. La mayor parte de las opiniones que se expresaron fueron puramente caprichosas y alguna, la de don Jacinto Pallares, tan arbitraria que pretendió hacer expresiones de connotación distinta los términos "Unión" y "Federación" empleados en la fracción III del artículo 97 y en el artículo 98 de la Constitución de 57, para así definir que no de todo juicio en que la Federación fuera parte debía conocer desde primera instancia la Suprema Corte, no obstante que, como con justicia advirtió don Luis G. Labastida, es notorio que se trata de expresiones sinónimas.

Algunos otros juristas, don Ramón Rodríguez, don Juan M. Vázquez, pretendieron que el fuero de la Corte para los juicios en que la Federación es parte, estaba limitado a aquellos casos en que ella era la demandada; esto es, no obstante que se trataba de una norma copiada de una Constitución que, como se ha expresado, no autorizaba las demandas en contra del Estado, dichos comentaristas querían interpretar el precepto en una forma contradictoria con el sentido que conforme a sus autores debía corresponderle. Esto no revela sino lo que hemos asentado ya: el error de haber copiado una regla tan contraria a la tradición mexicana y a la preparación de nuestros juristas.

Don Luis G. Labastida, inspirador del primer Código Federal de Procedimientos Civiles, pretendió, como ya se dijo, vincular el texto con nuestros antecedentes y así redactó el artículo 56 de aquel Código conforme al cual "se entiende que la Federación es parte cuando tenga que ejercitar derechos o cumplir obligaciones emanadas de la ley o de contratos celebrados por las Secretarías de Estado, siempre que en uno y en otro caso se afecten los intereses generales de la Nación".

Anticipábamos una objeción: la falta de influencia de la Constitución de 24 sobre la de 57, cuyos textos corresponden literalmente a la americana; pero, además, sostener que la Federación sólo es parte cuando se afectan los intereses generales de la Nación crea una gran imprecisión cada vez que quiere manejarse un caso particular: ¿cuándo el monto del interés patrimonial comprometido en un contrato afecta los intereses generales de la Nación? ¿qué suma puede tomarse como punto de partida? Y lo más importante: ¿quién —no siendo la Federación—, es parte actora en esos juicios en que no se afectan los intereses generales?

La corriente general, que aunque apuntada desde antes de la Constitución de 17 halla su más clara expresión en la jurisprudencia posterior a 1917, y particularmente en la ejecutoria de la Compañía Richardson, parte de la tradicional distinción de la doble personalidad del Estado y afirma que la Federación es parte cuando el litigio deriva de una actividad que corresponde al Estado como sujeto de derecho privado, porque sólo entonces, se dice, la Federación está obligada a acudir a un juicio; en cambio, cuando el origen del litigio es un acto de imperio, de autoridad, emitido por la Federación como sujeto de derecho público, la Federación no es parte en sentido estricto, dado que la autoridad es una noción contradictoria con la noción de parte que supone sujeción a la jurisdicción de los tribunales.³

Esta jurisprudencia con más o menos vacilaciones fue respetada hasta el año de 1933 en que se pronuncia la ejecutoria "Mercedes". La Secretaría de Industria y Comercio había dictado una

³ Para el desarrollo de esta tesis debe consultarse la monografía de don Jorge Viera Estañol, incorporada en sus "Estudios Jurídico-Constitucionales". (Nota de 1939.)

concesión petrolera que basando a juicio del Ejecutivo las normas que debieron regir su otorgamiento; se pensó que por la jurisprudencia de la irrevocabilidad de los actos administrativos no podría desconocerse de propia autoridad dicha concesión, sino que era preciso seguir un juicio de nulidad y que como en este juicio los intereses comprometidos eran los de la Federación como dueña del petróleo en los términos del artículo 27 constitucional, la competencia correspondía a la Suprema Corte de Justicia. La Compañía demandada opuso la excepción de incompetencia fundada en la distinción tradicional de la doble personalidad; dijo que una concesión petrolera no es un acto de derecho privado por lo que la contienda no debía ventilarse ante la Suprema Corte en única instancia. Después de debates muy prolongados la Suprema Corte aceptó que el caso "Mercedes" presentaba una situación nueva que no encajaba en ninguno de los extremos de la jurisprudencia clásica, pues si bien era cierto que una concesión petrolera no es un acto de derecho privado, la anulación de ella no podía hacerse mediante un acto de imperio, sino mediante un juicio (esto, dentro del error a que en capítulo anterior aludíamos ya, de confundir la irrevocabilidad de un acto legítimo con la imposibilidad de anular un acto viciado). La Suprema Corte, dejando en pie los casos tradicionales, aunque negando la teoría de la doble personalidad del Estado, introdujo con cierto capricho nuevas hipótesis derivadas de cierta interpretación que no tiene interés profundizar y que se relaciona con las diversas propiedades que a su juicio consagra el artículo 27.

El único valor de la ejecutoria "Mercedes" es haber descubierta con motivo de la demanda del Gobierno un caso distinto de los que sistematizaba la jurisprudencia tradicional; este caso, por lo demás, era uno de tantos. Pueden, en efecto, mencionarse muchos más en que sin que el origen de la controversia sea un acto de derecho privado, la Federación tenga que ir a juicio como parte actora o pueda ser demandada. Desde luego, los casos de responsabilidad por actos administrativos de que nos venimos ocupando, no pueden encuadrarse dentro del derecho privado, ni es posible tampoco negar que en ellos, por la razón que al principio hemos dado, la parte demandada no es el órgano que emitió el acto generador de responsabilidad sino el Estado mismo

(cuando se habla, naturalmente de la responsabilidad del Estado y no de la simple responsabilidad del agente).

Y es que el error estriba en confundir un problema puramente procesal como es el de definir quién es parte en un juicio, con la cuestión, que ya no es procesal sino de derecho sustantivo, de determinar cuándo la actividad del Estado queda o no sometida a un régimen exorbitante respecto del derecho privado que supone la posibilidad de una acción por vía unilateral y cuándo la gestión estatal, no obstante estar sometida a ese régimen exorbitante, puede ser generadora de obligaciones para el Estado y de derechos relativos para los particulares, cuyo ejercicio exija, a falta de un cumplimiento voluntario, el enjuiciamiento de la persona jurídica del Estado y no sólo del órgano. La Suprema Corte ha confundido la cuestión procesal con la cuestión de fondo y ha querido resolver aquella en función de ésta.

La noción de parte es y no puede ser sino procesal. "Es parte, ha dicho Chiofenda, quien demanda y aquél frente a quien se demanda una actuación de la ley." De manera que cada vez que un particular endereza una acción no en contra de un órgano estatal reclamándole la anulación de un acto, sino contra el Estado mismo, o cuando por cualquier título la Federación comparece como parte actora, no puede negarse que en un sentido procesal la Federación es parte, así la acción sea infundada.

Con ciertas limitaciones, derivadas de hábitos muy antiguos ligados con el planteamiento de este problema en México, en la Ley Orgánica de Tribunales Federales de 1934 se quiso volver a este concepto procesal para definir los juicios en que la Federación es parte. El intento no prosperó y más aún, el último informe del Presidente de la Suprema Corte indica que dicho Alto Tribunal ha vuelto a la jurisprudencia anterior al asunto "Mercedes", es decir, a la esquematización derivada de la doctrina de la doble personalidad, cuya insuficiencia e inexactitud hemos anotado ya.

En el fondo lo que ha habido es esto: la conciencia de que si se entrega a la Corte el conocimiento en única instancia de todos los litigios en que la Federación es parte en sentido procesal, no podría desahogar su trabajo. Así lo confiesa el presidente Valen-

cia.* Desgraciadamente, según lo indicó la exposición de motivos de la ya citada Ley de 1934, en lugar de enfocar el problema como una deficiencia del artículo 105 constitucional y de buscar la reforma de él que permita una mayor flexibilidad en la legislación secundaria y una distribución de todos los negocios entre los tribunales federales de acuerdo con su importancia, se ha querido conservar el texto, pero buscando interpretaciones que permitan reducir el trabajo de la Corte.

Mientras que la cuestión no se plantee con franqueza como la necesidad de reformar un precepto que los Constituyentes de 57 copiaron de la Constitución norteamericana equivocadamente, el problema será insoluble; ** no podrá conquistarse nunca seguridad en cuanto al tribunal competente para el enjuiciamiento de la Federación; y mientras no se defina este punto previo de quién puede enjuiciar a la Federación, el particular se hallará en una situación de absoluto desamparo. No habrá siquiera posibilidad de plantear los problemas de fondo de la responsabilidad del Estado por el obrar ilegítimo o simplemente abusivo de sus agentes: las confusiones ligadas con el sistema de organización jurisdiccional defienden a la Federación en contra de la obligación de responder ante los particulares por el obrar ilegítimo o abusivo de sus funcionarios y de sus empleados, mejor que una franca declaratoria de irresponsabilidad.

8. Responsabilidad civil del Estado Federal

Gabriel Ortiz Reyes

I. RESPONSABILIDAD CIVIL* DEL ESTADO FEDERAL

UN ENFOQUE DEL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL Y/O SUS SERVIDORES

INTRODUCCIÓN

1. Actualmente la ciencia jurídica ha debido reconocer como un progreso de su objeto la institución de la responsabilidad del Estado. Desde el punto de vista de las libertades públicas y su proyección jurídica como derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, este progreso se convierte, asociado al principio de legalidad de la Administración Pública, en un instrumento técnico de sujeción del Estado al Derecho, como en el siglo pasado lo fue el proceso de su personificación total.

Comparada con el desarrollo histórico que ha tenido en el derecho privado, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es un fruto tardío de la secularización del poder del Estado. En este sentido se ha dicho que no puede existir Estado de Derecho sin la responsabilidad de aquél.

Por otra parte, los principios de legalidad y de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública no han tenido el mismo avance ni han llegado a igual grado de perfeccionamiento en relación con los fines de su institución.** En el primer caso, la implantación de la jurisdicción administrativa y su rango dogmático en los documentos constitucionales de la Revolución francesa, han permitido una mayor protección de los derechos de los particulares frente a la actuación antijurídica de los órganos de la Administración Pública. Desde su creación, hace 50 años, el Tribunal Fiscal de la Federación, instituido por la Ley de Justicia Fiscal

* Sólo por extensión se denomina "Civil" a la responsabilidad de la Administración Pública, ya que no se rige ni por el Código Civil ni corresponde al ámbito de interés privado.- Dromi, José Roberto. *Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública*.- Pág. 16.

** Esta distinción permitirá en todo caso, admitir la anulación de un acto irregular, de manera separada a la de la acción por indemnización de los daños que sus autores hubieran ocasionado a terceros, así como el deber de la autoridad de indemnizar aun actuando lícitamente.

de 26 de agosto de 1936, ha venido cumpliendo con la fundamental misión de sujetar a la legalidad los actos irregulares de la Administración Pública en los términos de la competencia que le permite su Ley Orgánica. Frente a esta labor ininterrumpida que expresa una de las condiciones de subsistencia del Estado de Derecho, la responsabilidad patrimonial del Estado y en particular de las actuaciones de la Administración Pública es aún deficiente si se advierte que la única Ley que regula la responsabilidad patrimonial directa de la Administración Pública Federal lo es la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, que desde su entrada en vigor (10. de enero de 1942, de acuerdo con el artículo 10. Transitorio de la misma, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 1941) ha sido aplicada en un número muy reducido en casos, vistos los obstáculos que enfrentan las resoluciones emitidas con base en ella, y que adelante se expresan.*

Es cierto que desde 1932, en que entró en vigor el Código Civil Federal, se admite la responsabilidad subsidiaria del Estado por los actos culposos de sus servidores cometidos en ejercicio de sus funciones (artículo 1928 C.C.). Pero es sabido que tal responsabilidad sólo tiene lugar, de acuerdo con el propio dispositivo, cuando el responsable principal resulte insolvente, y que la falta dañosa se haya provocado en ejercicio de las funciones del servidor. Cuando la falta del servidor público no le sea imputable, ya porque no concurrió dolo o negligencia, o bien porque no se cometió en el ejercicio de sus funciones, el Estado no puede resultar sujeto imputable de responsabilidad patrimonial.

Esta disminución de la responsabilidad del Estado proveniente de su enfoque "Civilista", se advirtió ya por la doctrina en 1939, pues el sistema dejaba en indefensión al particular en el caso de imposibilidad de identificar al servidor público autor del daño (falta anónima). En congruencia con la Ley de Justicia Fiscal de 26 de agosto de 1936, que creó la jurisdicción administrativa en nuestro país, el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal dispone que "cuando la reclamación se funde en actos u omisiones de los que conforme a derecho dan

origen a la responsabilidad civil del Estado, no será preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables, siempre que tales actos u omisiones impliquen una culpa¹ en el funcionamiento de los servicios públicos".

Con esta disposición se introdujo en nuestro ordenamiento positivo la distinción tan conocida en el derecho francés de la llamada "Falta de Servicio" y "Falta Personal", cuyo origen jurisprudencial data de la célebre "Ejecutoria Blanco" emitida por el Tribunal de Conflictos en el año de 1873.²

La exposición de motivos de la Ley mencionada declaró que la tendencia de la Ley era de Depuración de Créditos a cargo de la Hacienda Pública Federal que por cualquier motivo hubieran tomado nacimiento a cargo de aquélla con posterioridad a 1929, ya que las Leyes de 1885 y 1929 habían llevado a cabo tal depuración constante del pasivo federal, previniéndose que no para todo crédito a cargo del erario público y que no contara con la previsión específica en el presupuesto, se requeriría la depuración, ya que ésta sólo era precisa para las reclamaciones que, además de no tener la provisión citada, ni hubieran sido detalladas ni reconocidas por la autoridad competente, ni constaran en contrato legalmente celebrado ni en ninguna otra forma exigieran una consideración diversa en razón de su naturaleza.³

De todas maneras, las bases teóricas esbozadas ya por Don Ricardo J. Zavada,⁴ siguiendo las ideas imperantes en su época, conforme a la doctrina realista del Derecho propagada por León Duguit,⁵ así como la necesidad de una mayor justicia en las relaciones Estado-Sociedad, conducen hoy a apreciar la necesidad de perfeccionar la instrumentación jurídica que requiere la realización del Estado de Derecho.

* El antecedente de este ordenamiento es la Ley de Reclamaciones por daños sufridos en las personas o en la propiedad a consecuencia de la Revolución, expedida en forma de decreto por el Presidente Carranza con fecha 24 de noviembre de 1917 en uso de facultades extraordinarias, que en 17 artículos y 3 transitorios reguló todo lo relativo al trámite, competencias, órganos y procedimientos de reclamaciones, su Reglamento fue expedido el 24 de diciembre del mismo año. (T. XI, p. 1086.- R.A. 4438/31.- Ruiz Díaz, sucesión de.- S.C.J.N. 59 época.- "Revolución, daños causados por la"). Desde entonces se estableció la inaplicabilidad del Código Civil en estas materias.

1 En nuestra opinión, la expresión "culpa" en el funcionamiento de los servidores públicos que emplea el Legislador debe referirse en todo caso a la entidad que los presta en cuanto tal, pues la preposición "en" podría hacer pensar en la imputación de la falta a la culpa de un servidor público. Por lo demás, la culpa es siempre atribuible a un sujeto de derecho, no a una actividad como es la prestación de un servicio público.

2 Grandes Arrêts de la Jurisprudence Administrative. Págs. 5 y 55. Weil el Bérubant. En sus apuntes de la cátedra de Derecho Administrativo, el Lic. José Castro Entrada de la UNAM anuncia en la década de 1940, la introducción de este régimen de responsabilidad.

3 Esta Ley es la que se encuentra en vigor, sin reformas.

4 "Soberanía y Responsabilidad". Tesis Profesional. Revista de Ciencias Sociales. Número 34. 1925.

5 "Las Transformaciones del Derecho Público", Ed. Signa.

En el prólogo al importante libro de Jesús Lequina Villa,^{3 40} el maestro García de Enterría señalaba la importancia de las condiciones sociales como factor de distinción entre la realidad y la práctica de las instituciones jurídicas, concluyendo que es ese factor el que finalmente determina la realidad de aquellas.

En este sentido, podría ser interesante para la sociología jurídica investigar al margen de sus dificultades técnico-jurídicas, las causas sociales a las que pudiera atribuirse la falta de aplicación de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal.⁴

2. Se puede advertir que frente a la actuación dañosa del Estado Federal y sus Servidores Públicos, y en materia de responsabilidad civil no proveniente del delito, el ciudadano cuenta hoy únicamente con los preceptos del artículo 1928 del Código Civil y la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal.^{4 40}

Opuestamente, la Administración Pública Federal, en cuanto sujeto titular de derechos patrimoniales, ocupa, respecto de los particulares, una posición de ventaja en el resarcimiento de los daños o perjuicios que le causen sus propios servidores o terceros. En este sentido el artículo 106 del Reglamento de la Ley del Servicio de Vigilancia de Fondos y Valores de la Federación, y el 45 de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público, le otorgan determinadas facultades ejecutivas para resarcirse de los daños y perjuicios que le ocasionan las conductas infractoras de sus servidores públicos y de terceros.⁵

Es contrastante, entonces, que frente a la eficacia ejecutiva de los actos de resarcimiento patrimonial por la Administración Pública en un pro-

cedimiento iniciado por y ante sí, se configura la casi indefensión de los particulares frente a los actos del Estado que les causen perjuicios patrimoniales o de otra índole.

Aun en este sentido, cabe advertirse que la vigente Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos, conforme a sus artículos 33 fracción V y 55 faculta a la Administración Pública para imponer sanciones económicas a los servidores públicos que infrinjan los deberes establecidos por su artículo 47, en una proporción hasta de dos tantos del daño causado o del lucro obtenido, lo cual, constituyendo una manifestación de la autoridad disciplinaria del Estado sobre sus servidores, no mejora las circunstancias de la víctima.

3. La responsabilidad del Estado es un tema mayor no sólo del Derecho Constitucional, sino del Derecho Administrativo, Derecho Civil y Procesal, que confluyen a caracterizar la Institución.

La complejidad del tema, que implica asimismo cuestiones delicadas de competencias y procedimientos, determina que el mismo sea expuesto aquí de una manera general, compatible con su propósito informativo.

Pues bien, cualquiera que sea la concepción del Estado, según las corrientes positivas, jusnaturalistas o normativas de que se trate, es lo cierto que por lo menos la existencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial subsiste en la apreciación del concepto del Estado como institución jurídica fundamental.

En tales condiciones, deberá advertirse que el tema de la responsabilidad es común a esas tres organizaciones del poder del Estado, que dan lugar así a una responsabilidad por actos legislativos, por actos judiciales y por actos o hechos imputables a la Administración Pública, entendida ésta, para los efectos del presente trabajo, como una actividad del Poder Ejecutivo Federal, conforme al artículo 89 fracción I y 90 Constitucionales.

Debe precisarse que en adelante se hará referencia únicamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y/o de sus servidores, excluyendo, en consecuencia, la proveniente de delito, la disciplinaria, la política, la contractual, la derivada de actos internacionales, y la resultante de actos legislativos y judiciales.⁶

* Los actos de Gobierno (Políticos) del Ejecutivo Federal constituyen una categoría aparte en cuanto a las posibilidades de su censura judicial. Sin embargo, cuando una tal decisión afecta también derechos individuales, procede el juicio de amparo. (Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1975, Tesis relacionada con la Jurisprudencia 87, Página 146, con el rubro "Deberes Políticos"). Una evolución del régimen judicial de la responsabilidad patrimonial del Estado por actos de Gobierno, puede verse en José M. Boquera Oliver, "La responsabilidad patrimonial del Estado" en "Estudios en homenaje a Jordana de Porras", Madrid, 1961.

3 his "Responsabilidad Civil de la Administración Pública", Editorial Tecnos, 1970.

4 Carrillo Flores, Antonio, "La responsabilidad del Estado en México", Séptimo número extraordinario de la Revista del Tribunal Fiscal de la Federación, en que se reseñan algunas condiciones jurídicas, políticas y económicas del país en la época de recepción de la técnica de la culpa en el servicio público y las causas de la limitación de sus efectos, a través del requisito procesal de la no existencia de una partida presupuestal destinada a la reparación del daño (Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal). Además, la circunstancia de que con arreglo al artículo 73 fracción VIII Constitucional, el reconocimiento y pago de la deuda nacional corresponde al Congreso de la Unión, el ejercicio de una partida presupuestal requerirá que un órgano de la Administración Pública pudiera reconocer el crédito respectivo.

5 b) Aparte de algunas regulaciones específicas de responsabilidad e indemnización establecidas en ordenamientos legales especiales: artículo 510 fracción VII de la Ley de Vías Generales de Comunicación, publicada en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1940.

7 Se ha opinado que los daños al dominio público no deberían ser ventados por la Administración, sino que deberían fijarse ante los Tribunales contentivos administrativos. Rivera Yuen, Enrique, "La responsabilidad civil frente a la Administración Pública", Revista de Administración Pública, No. 73, Pág. 34.

I. GENERALIDADES

Las reformas al Título Cuarto Constitucional publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 28 de diciembre de 1982, emprenden el cometido de actualizar, conforme a las exigencias sociales de nuestra época, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos, dotando a este concepto de una extensión mayor que los ordenamientos constitucionales anteriores.

El artículo 111 del referido Título Cuarto establece, aparte de las responsabilidades políticas, disciplinarias y penales, las de carácter civil, cuya regulación se transfiere al legislador ordinario. En este sentido, el artículo 1928 del Código Civil constituye la base del Derecho vigente de responsabilidad extracontractual de los servidores públicos y subsidiariamente del Estado por actos o hechos de aquéllos, lo cual significa que la enjuiciabilidad de aquél lo constituye en sujeto pasivo del deber de resarcimiento o indemnización por su propia responsabilidad compartiendo sus agentes la obligación subsidiaria de la reparación del daño, una vez decretada la insolvencia de éstos. Hasta la fecha, tal es el sistema "civil" de responsabilidad aplicado a las entidades públicas y a sus servidores.

Esta responsabilidad, como adelante se indica, implica necesariamente la concurrencia de dolo o culpa del sujeto causante del daño, y en virtud de la cual se explica que el principio de atribución de responsabilidad al Estado por los daños causados por sus agentes derive a su vez de una responsabilidad del propio Estado por culpa "in eligendo" o "in vigilando". Este concepto subjetivo de responsabilidad ha pretendido superarse con la incorporación de un elemento de objetividad consistente en el riesgo que implica la actividad de la Administración Pública en la prestación de sus servicios y la ejecución de sus funciones. En efecto, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, cuando los daños se producen sin posibilidad de imputación a sus servidores, sea por la imposibilidad de su identificación, sea por la inexistencia de culpa o dolo en el ejercicio de sus funciones, no podría establecerse sino en el texto del artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal.

Ahora bien, considerando que conforme al artículo 90 Constitucional y su Ley Reglamentaria, la Administración Pública Federal se divide en un Sector Central (dependencias) y uno paraestatal, conviene precisar en qué casos tiene lugar la responsabilidad por falta de servicio (objetiva) y la proveniente de culpa o dolo de los servidores públicos, para los fines de

determinar la aplicación del Código Civil y de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal al Estado y/o a sus servidores.

El artículo 10 de este último ordenamiento, establece que la reclamación deberá fundarse en el daño causado por una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, lo cual excluiría, en todo caso, a los actos de la autoridad, que por sí mismos no son generadores de riesgos. Con lo cual, correlativamente, se significa que toda actividad de contenido prestacional de la Administración Pública Federal, sea centralizada o paraestatal, conlleva el deber de indemnizar los daños que origine su realización.

Por otra parte, la responsabilidad personal de los servidores públicos en ambos sectores puede surgir si sus actos, separados de la actividad que desempeñan, son producto de culpa o dolo, y por lo tanto opuestos a sus deberes. La culpa (en el caso de los servicios) —dice Carrillo Flores en la obra citada— "no debe probarla el particular en la forma estricta en que debe demostrar la culpa en una acción privada de responsabilidad civil, porque es tan complejo el mecanismo del Estado que si fuera a imponerse al particular la carga de la prueba de quién y cómo cometió la culpa en el servicio, habría en muchas ocasiones imposibilidad absoluta para satisfacer esa carga, y se impondría absolver a la Administración".

A este respecto, se ha sostenido en el derecho extranjero que: "La Ejecutoria Pelletier" (Tribunal de Conflictos, 30 de julio de 1873) estableció el principio de que la falta personal compromete la responsabilidad propia del agente que la hubiera cometido, con aplicación de las reglas de derecho privado, y esto ante el Juez Judicial. Pero, en la práctica, no es siempre fácil identificar una falta personal del Estado, sobre todo cuando esta falta se produce en el curso del servicio. Además, tratando de encontrar en el mayor número de casos un patrimonio solvente, el Consejo de Estado... ha reunido en la ejecutoria "Lemonnier", la teoría del cúmulo de responsabilidad (la del agente y la del servicio) a partir de una sola falta personal cometida en el servicio, pero hecha posible por los medios de acción que el servicio puso a la disposición del agente". (Les Grandes Décisions de la Jurisprudence. P.U.F. Jean François Lachaux, 1982.)

II. OBJETO DE ESTAS REFLEXIONES

El objeto de esta nota es la proposición de un sistema eficaz de responsabilidad tanto de la Administración Pública Federal como de sus servidores, fundado en los principios de seguridad jurídica de los sujetos activos

de la relación de responsabilidad tendiente a disminuir el grado de incidencia de daños en el patrimonio federal, así como la conveniencia de deducir en un solo procedimiento las sanciones de la Administración Pública Federal, la responsabilidad patrimonial de sus servidores y el establecimiento de una garantía de los afectados por la conducta ilícita de una y otros.

Hace más de medio siglo que se admite en nuestro país que el Estado produce o puede producir lesiones a los patrimonios de los particulares por la conducta de los servidores públicos. Se admite asimismo que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es de tipo subsidiario, modalidad que por su parte reposa en la culpa del propio Estado por irregularidades en la elección o vigilancia de sus servidores. Pero si la responsabilidad de tales servidores no puede surgir una vez producido el daño, sea porque no existió culpa o negligencia o dolo del servidor público o bien por negligencia inexcusable de la víctima, o cualquiera otra causa impeditiva de la responsabilidad subjetiva del agente, la reparación del daño que exige el Estado de Derecho en favor de aquélla, deberá tener por lo tanto un fundamento distinto al de la culpa.

En efecto, la doctrina jurídico-administrativa⁸ ha considerado como principales, conforme al desarrollo histórico de la institución, diversos elementos como son: la igualdad de los particulares ante las cargas públicas, según la cual el daño injustamente causado al particular debe ser reparado con el patrimonio de la colectividad social, la prohibición del enriquecimiento ilícito, la justicia social, etc.⁹

Independientemente de cuál sea el tipo de orientación jurídico-política que hubiera inspirado a los redactores del artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, es lo cierto que el desplazamiento de la culpa personal de los servidores públicos a la responsabilidad de la Administración Pública Federal comprende la admisión del riesgo como grado objetivo de responsabilidad, necesario y suficiente para que ésta resulte justiciable por los daños que causen sus servidores.

Pero esta organización de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública no deja de ser, en nuestras fechas, más que un precepto de positividad disminuida por sus beneficiarios.

8 Escala, Héctor.- Compendio de Derecho Administrativo. Altamira Cigema. Responsabilidad del Estado. T. II. Págs. 1133 y ss.

9 Casi todos los manuales y tratados de Derecho Administrativo se refieren al tema. Una exposición conveniente en Manuel María Díez, Derecho Administrativo, T. V.

Partiendo del ordenamiento jurídico, en vista de satisfacer una acuciente exigencia social se pretende, por una parte, atribuir a la responsabilidad de los servidores públicos su auténtica función de legalidad y eficacia, y por la otra, aminorar el impacto que sobre los fondos públicos podría suponer la admisión de una responsabilidad directa de la Administración Pública por actos o hechos de sus servidores. Con ello, correlativamente, al proporcionar a los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales de los afectados la eficacia que la Constitución ordena, se procura la observancia efectiva de nuestro sistema de garantías individuales.

Por lo demás, aun en la propuesta de reformas al sistema de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, subsiste íntegramente la normatividad de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, que por esencia regula supuestos objetivos de responsabilidad de la Administración Pública, es decir, por falta o falta de servicio. Por lo tanto, las reformas y adiciones que pudieran proponerse a ese ordenamiento para hacerlo coherente con las reformas a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se tratan aquí de manera incidental.*

III. RELACIONES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL Y DE SUS SERVIDORES

La evolución doctrinal de la responsabilidad extracontractual de la administración se ha señalado por José María Fábregas del Pilar¹⁰ en las siguientes etapas:

* Las facultades de reconocimiento y orden de pago de la deuda pública competen exclusivamente al Congreso de la Unión conforme al artículo 73 fracción VIII Constitucional. Ahora, si se considera que conforme al artículo 126 de la propia Constitución no podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el presupuesto o determinado por Ley posterior, y que en los términos de su artículo 74 fracción IV es facultad exclusiva de la Cámara de Diputados el examen, discusión y aprobación del presupuesto de Egresos de la Federación, deberá concluirse: a) Que el ejercicio de las facultades de reconocimiento y orden de pago de la Deuda Pública, a la cual correspondían los créditos depurados en las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación se ejercerían precisamente por la Cámara de Diputados, mediante el Presupuesto Anual de Egresos; b) Que las operaciones de depuración substanciadas y resueltas en un contradictorio segundo ante el Tribunal Fiscal de la Federación, constituyen el supuesto de su reconocimiento y pago, previniéndose en el artículo 13 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, que a partir de 1943 deberán figurar una partida para cumplir los fallos que se dicten en sus juicios a que se refiere el artículo 10 de ese ordenamiento; c) Que en consecuencia, el reconocimiento del crédito es una facultad de la Cámara de Diputados y no de la Administración activa.

10 La responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios. Revista General de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid, 1937.

- A) La responsabilidad de la Administración es incompatible con el concepto de soberanía. "Según las ideas dominantes en esta época, los particulares pueden exigir directamente de los funcionarios que en ejercicio de sus cargos o con ocasión de ellos causen daños al patrimonio o les originen perjuicios, indemnización de los unos y de los otros ante los Tribunales ordinarios, pero jamás, ni a título principal ni a título subsidiario, de la Administración."
- B) Con las ideas de León Duguit se admite la existencia de tal responsabilidad en los casos en que "en la actuación de los servicios haya concurrido negligencia culpable no imputable personalmente a los funcionarios que los tengan a su cargo... reconociéndose en estos casos la existencia de la responsabilidad de la Administración en los mismos supuestos y en las mismas condiciones en que, fundándose en los preceptos del derecho civil, se admite la responsabilidad de los particulares".¹¹
- C) En esta etapa, el fundamento de la responsabilidad de la Administración, hasta entonces basado en una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos, se desplaza hacia el riesgo de su prestación, admitiéndose en consecuencia la existencia de una responsabilidad sin culpa que se funda, en la doctrina de León Duguit, en el concepto de la solidaridad social.

Sin embargo, la existencia de una imputabilidad directa a los órganos de la Administración Pública no implica que dicha responsabilidad no pueda ser imputable a los servidores públicos en lo personal o aun puedan coexistir una y otra en una relación de solidaridad,¹² derivada de la acumulación de faltas (Ejecutoria Anguet; Consejo de Estado Francés. 3 de febrero de 1911).

Por este motivo conviene delimitar el alcance de este tema, distinguiendo, en primer lugar, el carácter subjetivo de la responsabilidad de los servidores públicos; en segundo, el relativo a la responsabilidad objetiva de la Administración, así como las relaciones orgánicas y de servicio establecidas entre ambos, para los efectos de su responsabilidad.

Si se parte el concepto de órgano administrativo en el sentido formal, éste resulta ser una entidad creada por una norma jurídica, consistente en un conjunto de atribuciones restringidas y expresas, cuyo ejercicio por su

titular tiende a la satisfacción de un interés público concreto. Entendida la relación en su aspecto orgánico, el órgano administrativo, en cuanto creación jurídica, ontológicamente se encuentra impelido para actuar en el mundo físico.¹³ La voluntad jurídica de la Ley se expresa consecuentemente mediante la voluntad de la persona física que encarna su titularidad.

Si la voluntad psíquica de la persona física titular del órgano no corresponde a los medios (competencia legal) o a la finalidad específica de su ejercicio (interés público), aparecerá disociada de la voluntad de la Ley. Y resultando que la función de la relación orgánica es la imputación de los actos del órgano al Estado, resulta lógico concluir que, frente a tal disociación, la conducta irregular del titular, en cuanto no corresponde a la voluntad de la Ley, no puede ser imputada a la Administración Pública. Por lo tanto, si el acto del titular causa a un tercero un daño injusto, es a aquél en lo personal y no al órgano que encarna, y en consecuencia tampoco a la Administración Pública, a quien jurídicamente se pueden atribuir los actos o hechos causales de la responsabilidad.

En estas condiciones, la causación del daño injusto deriva de la desconformidad de la voluntad (jurídica) del órgano y la voluntad (psicológica) de su titular, que se sobrepone a la primera, de manera que la transgresión de dicha voluntad psicológica a las reglas de competencia y finalidad de su otorgamiento contrasta con los supuestos de su correcto ejercicio. Por lo tanto, la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos es subjetiva. El artículo 1928 del Código Civil reconoce la situación expuesta al relacionar por la vía de la subsidiariedad, la responsabilidad de los servidores públicos y la de la Administración.

La cuestión queda centrada, en el derecho positivo, a la admisión de una responsabilidad directa del servidor público y subsidiaria a cargo del Estado, lo que presupone que éste acepta el pago del daño en caso de insolvencia del deudor principal. Sin embargo, el reconocimiento de este deber impuesto por la Ley Civil no puede admitirse como una responsabilidad subjetiva del Estado sino como expresión de su actitud política hacia el sentido social de justicia imperante en 1928, así como por la solvencia económica de la Administración Pública Federal en relación con la víctima del daño.

Tanto es así, que la posibilidad de repetir la administración pública lo pagado a cuenta de un servidor suyo, excluye la titularidad pasiva de la

11 Duguit, León.- Obra citada.

12 Georges Vedel.- *Derecho Administrativo*, Pág. 257. Grandes Añelos. Pág. 301.

13 bis V. el luminoso estudio de Juan Alfonso Santa María Pastori: "La Teoría del Órgano en el Derecho Administrativo". *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nos. 40-41.- 1984.

administración en la situación jurídica de responsabilidad establecida con la víctima del daño.

En caso reciente, la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de un asunto en el cual, como consecuencia de una actuación de un delegado político en el Distrito Federal, consistente en la ejecución de la clausura de un establecimiento fabril, acto que fue declarado inconstitucional por un Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa, se originaron numerosos daños y perjuicios a la empresa quejosa; dicha indemnización fue demandada por la vía judicial personalmente al Delegado en cuestión y subsidiariamente al Departamento del Distrito Federal.¹³ En este asunto se advierte con claridad el planteamiento precedentemente expuesto. Pues cabe preguntarse: si el funcionario en cuestión actuó con manifiesto dolo, resulta responsable subsidiariamente la administración pública, y si no fue así, sino que creyendo actuar conforme a su competencia, es decir, no en contra de la Ley ni de las buenas costumbres, como lo establece el artículo 1912 del Código Civil Federal, la responsabilidad emerge directamente a cargo del Departamento del Distrito Federal.

La relación de responsabilidad subjetiva excluye, sin embargo, los supuestos de la responsabilidad por riesgo creado por los servicios que presta la Administración Pública Federal, que está regulada en la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal. Dichos supuestos de responsabilidad ocurren, o bien cuando el hecho dañoso no puede imputarse a algún servidor (falta anónima), o bien cuando el daño se produzca sin que hubiere mediado dolo o culpa de los servidores públicos sino a una deficiencia o irregularidad del servicio (falta o falla del servicio). En tal caso, el supuesto de la responsabilidad se funda en el carácter objetivo del riesgo incorporado a la prestación de los servicios.

Por lo demás, como condición esencial para la operancia de esta responsabilidad, se precisa que el particular no tenga previamente, por disposición legal, el deber de sufrir la afectación patrimonial o moral que le causa el hecho.

La preexistencia de un deber general de los ciudadanos de soportar los efectos de la actuación de los órganos administrativos, excluye consecuentemente la posibilidad de responsabilidad. En efecto, no podría considerarse violado el principio de igualdad ante las cargas públicas si el de-

ber de sacrificio se impone por mandamiento de la Ley a un número indeterminado de sujetos, tal como puede suceder en el caso de la Ley de expropiación o la de atribuciones al ejecutivo federal en materia económica, por lo que se refiere a la fijación de precios oficiales, aun cuando en este caso no se establece el deber constitucional de indemnización, como sucede en el caso de la expropiación.¹⁴

Sobre este particular, García de Enterría ha pedido distinguir las figuras de la indemnización y de la responsabilidad, en el sentido de que mientras ésta presupone la ilicitud, la indemnización tiene lugar en los casos en que una actuación de la administración pública sin ser ilícita genera el deber jurídico de indemnizar.¹⁵

Por otra parte, y ello es ya doctrina generalizada, los órganos del Estado están sujetos a la responsabilidad objetiva derivada del riesgo que se incorpora a la realización de sus funciones o la prestación de los servicios públicos, como antes ya se indicó.

IV. CONDICIONES ESTRUCTURALES DE LA RESPONSABILIDAD

A) SUJETOS

Se admite por la doctrina que toda relación jurídica se establece únicamente entre sujetos de derecho.¹⁶ De esta suerte la pretensión de uno, protegida por la Ley, implica correlativamente el deber del otro sujeto de satisfacerla. Este recíproco condicionamiento de derechos y deberes, que caracteriza el contenido de toda relación jurídica, cuando se establece entre el Estado y los particulares, aquél como sujeto pasivo y éstos como sujetos activos de la relación, recibe el calificativo de jurídico-administrativa cuando el sujeto pasivo lo es la Administración Pública, sus órganos y sus servidores. Sin embargo, se precisa, como es natural, que la calificación de administrativa dada a tal relación, subsistirá siempre y cuando se trate de

Constituyendo el perjuicio una noción económica y la lesión una expresión jurídica, resulta evidente que las restricciones a los límites del precio de venta al público, por su carácter general, como lo es la Ley en que se fundan, ciertamente podrán afectar las expectativas de utilidad de los sujetos a esas normas, pero no causarles lesiones en sentido jurídico (Santa María Pastori, Revista Española de Derecho Administrativo No. 2 - Ordenación de Precios y Responsabilidad, 1974).

14. García de Enterría, Eduardo. "Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa". Págs. 145 y ss.

15. Dromi, Alberto. Obra citada.

13. Amparo Directo 7678/82. Quimzoo de México, S.A. 17 de noviembre de 1983, Tercera Sala. Unanimitad de 5 votos. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

que el sujeto pasivo sea la Administración Centralizada y/o sus agentes en ejercicio y con motivo de sus funciones, pues de tratarse de una conducta estrictamente personal de éstos, sin ninguna vinculación directa o indirecta con la función o servicio de que se trate, la responsabilidad personal es exclusiva de éstos, sin que pudiera extenderse a la propia Administración Pública. A este respecto, se han sostenido¹⁶ tres tendencias diferentes por la doctrina:

1) *La Administración Pública responde siempre directamente*

Esta tesis se apoya en la teoría orgánica, "según la cual el daño causado a un particular se imputa directamente al ente de cuya organización forma parte el funcionario causante de mismo, puesto que la actividad del funcionario se configura como actividad propia del ente y, por consiguiente, deben ser atribuidas a éste todas las consecuencias, dañosas o no, de dicha actividad... Se considera que el ente público como tal es una pura creación abstracta que se sirve de personas físicas para desarrollar su actividad al llevarse a cabo las tareas para las cuales ha sido creado o reconocido por el ordenamiento jurídico. Ahora bien, resultando que el órgano administrativo constituye en el mundo jurídico la manifestación inmediata de la persona jurídica —ente público— y las personas físicas titulares de los órganos se identifican con el ente, son el ente mismo que quiere, siempre que desarrollen su actividad dentro de las funciones y tareas atribuidas a los mismos órganos"; entonces, los actos realizados por el titular del órgano son exclusivamente imputables a éste, por virtud de la relación orgánica en que se integran.

2) *La Administración Pública responde directamente y en ocasiones también indirectamente*

Esta posición parte de distinguir dos tipos de personas físicas en la organización administrativa: por un lado, los funcionarios o titulares de los órganos vinculados al ente público y cuya actividad es directamente imputable a éste, y por otra, los agentes públicos que ejercitan actividades de naturaleza puramente material y que "pueden dar solamente lugar a una responsabilidad indirecta de ente público" (Alesii).

De esta manera la existencia de la responsabilidad de la Administración Pública sólo se da en el primero de los supuestos, cuando reúna las siguientes condiciones: que constituya el ejercicio de un poder jurí-

dico existente, que se manifieste formalmente como el ejercicio de un poder o una función pública, y que se manifieste formalmente también como actividad dirigida a la consecución de un fin propio del ente, deducible de un mínimo de reconocibilidad exterior.

Por lo contrario, habrá ilícito personal y no de la Administración, cuando el daño se derive de una actividad material de un agente del ente público, cuando el daño se produzca por la actividad material de un funcionario realizada con ocasión necesaria del ejercicio de una función administrativa, y cuando el daño derive de una actividad técnica de la propia Administración.¹⁷

3) *La Administración Pública responde indirectamente*

Según esta tesis, que sostiene el italiano Cassetta ("L'illecito degli enti pubblici"), la responsabilidad extracontractual del ente público por los hechos ilícitos de sus funcionarios es siempre una responsabilidad indirecta, no pudiendo tener otro carácter.¹⁸

Esta posición se funda en la negación de la capacidad de obrar de las personas jurídicas, y por lo tanto de los entes públicos, refiriendo dicha capacidad a los seres humanos. Al negar la función orgánica de imputación de los actos del titular al órgano administrativo que aquél encarna, esta posición sostiene que los dos sujetos, la persona física de la que emana el comportamiento, y la persona jurídica a la que se imputa el acto, permanecen unidos sólo por una relación jurídica en cuya virtud el sujeto físico debe ejercitar su actividad en interés del otro.

En nuestra opinión, esta tesis se funda en una distinción que resulta irrelevante, dado que la capacidad es un concepto jurídico aplicable a realidades individuales (seres humanos) o colectivas (grupos con intereses propios actuando unitariamente en los campos de la vida social o económica), una de cuyas funciones es precisamente la responsabilidad.

Por lo demás, y aun cuando resultara exacto que esta teoría no se identifica con la antigua tesis civilista, que veía en la relación entre el órgano y su titular una figura de la representación o el mandato, hoy superada precisamente por la admisión técnica de la relación orgánica, significaría en cierta forma una regresión a las etapas de desarrollo de la institución de la responsabilidad en que la administración pública resultaba inimputable.

16 La Responsabilidad Civil de la Administración Pública. Jesús Leguina Villa. Edit. Tecnos, Madrid, 1970.

17 Leguina Villa. Obra citada. Pág. 51.

18 Leguina Villa. Obra citada. Pág. 67.

En nuestro derecho positivo, y conforme a lo que ya se lleva expuesto, resulta aplicable la doctrina de la relación orgánica, según se desprende del mencionado artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, así como de la falta personal, reclamable en términos del artículo 1928 del Código Civil.

Por otro lado, resulta de importancia el examen de las relaciones de los servidores públicos con la Administración a la que sirven, respecto de sus calidades de autoridades (funcionarios) y trabajadores o empleados de la misma, ya que esta distinción conlleva a la que polémicamente se ha establecido entre función pública y servicio público.

En efecto, y sin que sea aquí lugar para analizar estas distinciones, es lo cierto que el ejercicio de un poder jurídico causante de daños a terceros no podría contemplarse desde la misma perspectiva de cuando ese daño se causa por hechos materiales.

Se debe tomar desde luego en consideración la posición jurídica de la víctima frente al acto o el hecho dañoso,¹⁹ pues evidentemente cuando se trata de un acto de autoridad (clausura, negativa del registro), que a la postre resulta ilícito, la posición de subordinación de la víctima es por esencia diferente a la que pudo haber tenido cuando se produjera un daño material por parte de un agente público (daños por obras en construcción, colisión de vehículos, etc.).

Esta distinta valoración de las circunstancias en consecuencia deberá partir de la naturaleza del vínculo entre servidor público y la administración. Así la presunción de legalidad y fuerza ejecutiva de que están investidos los actos de autoridad, conforme el artículo 68 del Código Fiscal de la Federación, resulta que el titular del órgano emisor del acto actúa de manera directa la voluntad jurídica del órgano administrativo, circunstancia que desde luego obligaría a la víctima a asumir la carga de la prueba en contra de la aparente legalidad del acto. El artículo 75 de la Ley de Amparo, al disponer que el sobreseimiento no prejuzga sobre la responsabilidad de las autoridades deja abierta la vía para que el quejoso pueda legalmente exigirla; de manera que, de ser negada la protección de la Justicia Federal, y por lo tanto, constitucional el acto reclamado, los daños sólo podrían derivarse del exceso o defecto en la ejecución de sentencia. Por lo contrario, si se tratara de hechos dañosos cometidos materialmente por un empleado que no lleva a cabo una función pública, la víctima del daño se encontraría frente al derecho en igualdad de condiciones del infractor.

No se pierde de vista sobre este respecto que la doctrina jurídico-administrativa reconoce la distinción entre el funcionario de autoridad y agentes de la misma,²⁰ tal como sucedía en las Leyes de Responsabilidad de 1939 y 1980 en nuestro país, que distinguían entre otros funcionarios y empleados de la Federación, distinción misma que la Constitución Federal en vigor eliminó al menos nominativamente.

No obstante que el título cuarto Constitucional y su Ley Reglamentaria sujetan al denominador común de servidores públicos a todas las personas que ocupen cualquier cargo o comisión dentro de la Administración Pública, subsisten diferencias de carácter técnico jurídico entre unos y otros, tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista del contenido de sus relaciones con el Estado Federal. Pues así como la gravedad de las condiciones que surten la procedencia del juicio político no es equiparable a la de las faltas administrativas de los empleados administrativos, igualmente la calificación de la responsabilidad de aquéllos frente a los terceros, deberá apreciarse de manera diferente en cuanto a su gravedad, respecto de las condiciones subjetivas del agente causal del daño.

Lo anterior llevaría por lo tanto a introducir una matización en el sistema de graduación de responsabilidades, según que el servidor público autor del acto o hecho dañosos tuviere o no el carácter de autoridad y ésta la hubiera ejercido con manifiesto u oculto dolo, por inexacta apreciación de los motivos o fines del acto, o por una mera omisión o negligencia en la ejecución material de aquél, que ocasionase lesiones jurídicas.

Parte de la doctrina²¹ ha tratado de establecer los principios y técnicas de la llamada responsabilidad administrativa por actos administrativos, distinguiendo a aquellos que resultan de la ejecución de un acto administrativo o relacionados con ella, de las actividades materiales que no se encuentren vinculadas directamente por la vía de ejecución de un acto administrativo.

20 Bichas Rafael - Derecho Administrativo - Tomo III.

21 A. Blasco Esteve - "La Responsabilidad de la Administración por actos Administrativos". Edit. Civitas, S.A. Madrid, 1981. Págs. 55 y 76.

B) OBJETO

La institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y/o de sus servidores consiste en la reparación económica del daño ocasionado, sea patrimonial o sea de carácter moral.

Conforme al artículo 2108 del Código Civil Federal se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación, y el artículo 2109 reputa como perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Por su parte, el artículo 1916 del propio ordenamiento conceptúa como daño moral la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración de aspectos físicos o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Agrega que cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928 del propio ordenamiento civil. El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Una vez reconocidos por el orden constitucional los derechos subjetivos de los particulares, de naturaleza patrimonial o de cualquiera otra índole, correlativamente el deber de reparar su desconocimiento surge directamente del texto de los artículos 14 y 16 Constitucionales, 1916, 1928 del Código Civil y 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal. La prueba del daño en los casos de la responsabilidad objetiva (falta de servicio) o bien la del dolo o culpa personales de los servido-

res públicos (falta personal), actualiza en contra de los autores del daño la obligación de reparar, constituyéndose así una obligación que el afectado puede exigir se cumpla en su provecho.

De esta suerte, acreditado el daño en las condiciones señaladas, la obligación de reparar nace ex lege, y con ella la pretensión causal de la víctima. Si la reparación del daño por regla general no provoca cuestión acerca de su procedencia, lo referente al perjuicio se ha controvertido en alguna oportunidad.

En la sentencia del Pleno del Tribunal Fiscal de la Federación dictada en la queja 537/944, dicho Tribunal sostuvo que el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, "no prohíbe que se condene (al Estado Federal) por daños futuros sino que por el contrario, debe interpretarse tal y como lo sostiene la teoría de la responsabilidad del Estado, en el sentido de que es posible condenar a los daños futuros o los perjuicios futuros, puesto que lo único que no es posible condenar es lo referente a daños y perjuicios inexistentes".²² Ahora bien, si la reparación equivale a la compensación necesaria para restablecer el equilibrio patrimonial roto por la vulneración sufrida, la condenación a la indemnización reparadora de la lesión se funda en el equilibrio del patrimonio dañado o lesionado.

Si la reparación es correlativa al perjuicio o daño ocasionados, no puede hablarse de indemnizaciones sin la presencia mensurable y objetiva del daño.²³ En el caso de la responsabilidad objetiva "no se trata tanto de averiguar si existe una culpa o una falta, sino de averiguar la existencia de un daño producido por las actividades o cosas legítimas o ilegítimas del Estado. La causa del resarcimiento se funda en la existencia de un daño producido por órganos del Estado".²⁴

Esguerra Portocarrero señala como requisitos para la existencia del daño: la certeza del mismo, a la cual se opone su eventualidad; que el daño no debe haber sido reparado y que debe ser personal del demandante. (En nuestro derecho, esta última condición podría extenderse a diversos sujetos titulares de un interés patrimonial directo, actual y legítimo, como lo es el caso de los intereses legítimos regulados por la Ley de Obras Públicas.)

Por lo demás, el llamado Pretium Doloris o daño moral constituye hoy en la reforma del artículo 1916 del Código Civil, publicada en el Diario

22 Revista del Tribunal Fiscal de la Federación.- Tesis sustentada por el Pleno de ese Tribunal los años de 1937 a 1948.

23 La Responsabilidad del Estado por falta del Servicio Público.- Juan Carlos Esguerra Portocarrero.- Bogotá, 1972.

24 Félix Darulómé.- Derecho Administrativo.- Tomo II.

Oficial de la Federación el día 31 de diciembre de 1982, y su correlato 2116, un verdadero hito en el desarrollo de la institución de la responsabilidad de la Administración Pública y/o sus servidores, que concuerda con el espíritu general de responsabilidad establecido por el título cuarto de la Constitución Federal en vigor.

C) RELACIÓN CAUSAL

La doctrina reconoce la necesidad de una relación de causalidad entre la falla o falta y el perjuicio. Se considera que la responsabilidad resarcitoria no nace por la simple existencia del perjuicio sino por la conexidad directa entre la actividad del Estado por cualquiera de sus órganos y el daño producido, de tal manera que perjuicio y relación directa con el Estado establecen las pautas que integran el derecho a la indemnización. Tratándose de la responsabilidad objetiva de la Administración Pública parece evidente que siendo ésta resultante del carácter objetivo de los servicios públicos, sea suficiente acreditar la existencia del daño y su imputación al autor del mismo con prescindencia de que hubiera concurrido en su causación culpa o dolo del servidor.

Por lo contrario, tratándose de la responsabilidad personal del servidor, es justamente condición de la responsabilidad la falta o culpa del funcionario a los deberes cuya violación condujo a la producción del daño.

En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva se dice que el nexo es el vínculo de causalidad existente entre el hecho, la operación o la omisión constitutiva de la falla del servicio y el daño o perjuicio causado por él, es decir, que tales perjuicios o daños deben ser la consecuencia o efecto de la falla de servicio. De lo contrario, no hay responsabilidad. El nexo causal debe ser necesario y además directo. Y es directo cuando de no haber mediado la falla de servicio, el daño no se habría producido. Si en cambio el perjuicio se hubiera causado de todas maneras, sin intervención de dicha falla, no habría sido su causa directa y necesaria.²⁵

Desde luego, este nexo causal referente al daño y a su imputabilidad directa a la Administración Pública, de hecho tiene lugar conforme al artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, en el sentido de su objetividad, ya que el dolo o la culpa de los agentes de la misma quedan excluidos como condición generadora del daño en este ordenamiento.

²⁵ Esquerri Portocarrero.- Obra citada.

Sin embargo, lo contrario ocurre en presencia de una responsabilidad de tipo subjetivo, como la regulada por el artículo 1928 del Código Civil, en que la culpa o el dolo son determinantes de la producción del daño.

Este nexo de causalidad directa, por lo demás, se encuentra regulado en nuestro derecho positivo por el artículo 2110 del Código Civil Federal, según el cual los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

En el mismo sentido, la interpretación de este precepto respecto del párrafo segundo del artículo 10 de la Ley de Depuración a cargo del Gobierno Federal permite concluir que, al no ser preciso demandar previamente al funcionario o funcionarios responsables las prestaciones de indemnización, las mismas deben demandarse directamente a la Administración Pública.

D) EXCLUYENTES DE LA RESPONSABILIDAD

El perfeccionamiento de la relación jurídica de responsabilidad, aparte de las condiciones señaladas en los puntos que anteceden, es decir, el perjuicio sufrido por el demandante, y la relación de causalidad entre uno y otro, presupone que tal responsabilidad no surge por faltar o no darse el vínculo mencionado de causalidad entre la falla del servicio o la culpa del funcionario y el daño causado.

Los eventos impeditivos de la responsabilidad pueden ser, de manera común a las responsabilidades de la Administración y/o sus servidores, el hecho o culpa inexcusable de la víctima (artículo 1910 del Código Civil), la fuerza mayor o caso fortuito (artículo 2111 del Código Civil), y el hecho de un tercero.

Dice Fiorini²⁶ que "estas excepciones a la reparación por el daño ocasionado responde a principios generales del derecho y nunca a preceptos particulares o singulares del Código Civil. No es necesario que el codificador establezca y articule que no hay daño reparable cuando sea producido expreso o por culpa exclusiva de quien resulte; razón también existe de que nadie será responsable por los daños provenientes de hecho provocado por fuerza mayor. Estos preceptos excluyentes sobre la responsabilidad no responden al régimen del derecho privado, como que provienen de los

²⁶ Fiorini Bartolomé.- Obra citada.- Volumen II.

principios esenciales del derecho que corresponden a la búsqueda de la justicia, la equidad y la razón".

Si la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal no establece como causa exonerativa de responsabilidad de la Administración ninguno de los supuestos señalados, ello es debido tal vez a que, como lo dice el autor mencionado, estos principios derivan de la teoría general del derecho y se encuentran positivizados, por lo menos parcialmente, en el Código Civil (artículo 2111).

De tal manera que una interpretación armónica de ambos preceptos llevaría a la conclusión de que la propia Administración Pública, al igual que sus servidores, podría prevalerse de tales excluyentes de responsabilidad.

En este sentido, parece cobrar relevancia el señalamiento que antes se hizo respecto de la posición jurídica de la víctima, según se tratara de que el daño moral se produjera por un acto de autoridad o por un acto material de un empleado público, pues en el primer caso difícilmente podría configurarse una culpa inexcusable de la víctima, y en el segundo, esta circunstancia sería perfectamente factible. En el primer supuesto, la presunción de validez de los actos de autoridad trasladaría a la víctima la carga de la prueba de la ilicitud, y con ello acreditar que el daño no se produjo por su culpa o negligencia inexcusables, en tanto que en el segundo, al no existir un acto de autoridad sino un hecho de los agentes públicos, dicha presunción no tiene lugar. Por esta razón, es importante retener la circunstancia de que aun en este aspecto de exclusión de la responsabilidad, es determinante la calificación jurídica del vínculo del servidor con la Administración Pública y su relación con la posición jurídica de los patrimonios dañados.

El hecho o culpa de la víctima, dice Esguerra en la obra ya mencionada, ha desempeñado un papel preponderante en el tema de la responsabilidad. Y añade que "ante los ojos de cualquier persona repugna la sola posibilidad de pensar en que se declare a alguien responsable del perjuicio y se le condene a indemnizarlo cuando nada ha tenido que ver en la producción del daño y con mayor razón si éste se debe al hecho o culpa exclusiva de la víctima: Quod si quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. Se trata en todo caso de que la conducta de la víctima sea de las consideradas ilícitas por el derecho. Es una culpa contra ella misma pero lo es también para con el demandado; puesto que, al participar en la realización del daño perjudica a este último, obligado a repararlo".

Sin embargo, en los casos en que concurren la falta o falla del servicio, o la ilicitud de la conducta culposa o negligencia de los servidores públicos con la culpa o negligencia de la víctima, tendrá aplicación, a contrario sensu, lo establecido por el artículo 1914 del Código Civil, según el cual, cuando sin el empleo de mecanismos, instrumentos, etc., a que se refiere el artículo 1913 del Código en consideración y sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una de ellas los soportará sin derecho a indemnización.

En relación con el tema anterior figura el referente al consentimiento de la víctima, conocido como aceptación de los riesgos, en cuya virtud la víctima se expone al daño, consciente de que éste puede ocurrir en virtud de la naturaleza del hecho que ejecuta o en el que interviene o participa.²⁷ Se agrega que, sin embargo, no es suficiente como causal exonerativa de responsabilidad el simple conocimiento sobre la eventualidad de un daño, requiriéndose en cambio, el dato objetivo de que el hecho que la víctima consiente, o en el que participe, sea por su propia naturaleza peligroso y exponga a un daño probable a quien lo ejecuta o soporta. De esta suerte, la aceptación de los riesgos excluye la responsabilidad del Estado y/o sus servidores si la conducta de la víctima ha sido causa única del daño como sucedería con un peatón que se introdujera en una vía de circulación de alta velocidad cuyo acceso está prohibido expresamente a los peatones.

FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO

Puede suceder que el daño provenga de acontecimientos producto del azar, por manifestaciones de fenómenos naturales que no ha sido posible prever o evitar. Los rasgos del caso fortuito y la fuerza mayor, se pronuncian por sus caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad; la primera presenta cuando no es factible creer en su realización, y la segunda, cuando no es posible evitar su acaecimiento o sus consecuencias. Para que tales características jurídicamente puedan configurarse como excluyentes de responsabilidad, se requiere que tales hechos sean en sí mismos considerados imprevisibles e irresistibles, a modo de que en igualdad de condiciones, ni la administración y/o sus servidores a la víctima, habría podido preverlo o resistirlo.²⁸

27 Esguerra Parrozarreña: *Obra citada*, Pág. 772.

28 Suprema Corte de Justicia de la Nación: 1a. Sala, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación* publicado en 1975. Bajo el rubro de "Caso fortuito o excluyente de", se sostiene: "La excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando, a pesar de que la conducta del sujeto activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico imprevisible por la concurrencia a una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el finado".

Se ha sostenido²⁹ por la doctrina que existen extractores generales del caso fortuito: imprevisibilidad, inevitabilidad y hecho ajeno.

Por imprevisibilidad se entiende que el hecho debe ser imposible de prever y esta imposibilidad debe ser apreciada objetivamente en relación a un deber normal de prever; la inevitabilidad se hace consistir en ser imposible evitarlo no obstante la atención, cuidados y esfuerzos normales respecto del acontecimiento de que se trata, considerando las circunstancias del lugar, tiempo y persona. Se añade que si se considera la culpa "como la omisión de las diligencias que debieron adoptarse para prever o evitar el daño, no habrá culpa, y si caso fortuito, cuando no obstante aplicar esa conducta el hecho resulta imprevisible o inevitable".³⁰

Sobre el particular, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el informe de su Presidente (pág. 57), sostuvo en la tesis intitulada "Fuerza Mayor", que: "Ya se tome ésta como sinónimo de caso fortuito o como producida por hechos del hombre extraños a lo obligado, siempre requiere para su existencia, que no sea imputable al obligado; que se trate de un acontecimiento que escape de toda previsión y que constituya un obstáculo insuperable para el cumplimiento de la obligación". En cuanto al hecho ajeno, se considera que el mismo no debe ser imputable al responsable, pues de poder imputarsele, el hecho dejaría de ser fortuito. Se citan como casos fortuitos: las fuerzas naturales, la guerra y el incendio.

HECHO DE UN TERCERO

Esta causal eximente de responsabilidad sea o no lícito dicho acto, opera siempre y cuando no se trate de una persona de cuyos actos sea responsable la Administración. "Si el hecho del tercero es lícito por no provenir de su dolo o culpa, se asimila al caso fortuito y la víctima habrá de soportar la totalidad del daño. Si es ilícito, tendrá acción indemnizatoria contra ese tercero conforme a las reglas y principios generales de la responsabilidad civil extracontractual".³¹ A este respecto puede advertirse la situación que jurídicamente resultaría de la concurrencia de la Administración Pública con un servidor suyo a la causación del daño a terceros, dada la dificultad de establecer cuándo incurre el Estado en una falla

de servicio por omisión en el cumplimiento de sus obligaciones, y de manera concreta, la de proteger a las personas en sus vidas, honra y bienes. En este sentido, sostiene Jaime Vidal Perdomo.³² "En efecto, si en este texto citado (se refiere al artículo 16 de la Constitución Nacional) se afianza la responsabilidad del Estado en Colombia, tendríamos que concluir que éste debe responder a las personas o a sus herederos cuando alguien priva de la vida a otra persona, o le causa agravio a su honra o daño a sus bienes. ¿Habrá algún Juez en Colombia que se atreva a condenar al Estado a indemnizar, porque un ciudadano mata a otro ciudadano, porque un particular injuria a otro en la calle o porque causa perjuicio en sus bienes? Realmente ya nos encontramos en el terreno del absurdo, porque no existe ningún Estado en el mundo que pueda garantizar que estos hechos no se produzcan, que sea capaz de tener un policía detrás de cada súbdito suyo, para que no atente contra la vida, honra y bien de sus conciudadanos".

V. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Establecido en las líneas anteriores que una es la responsabilidad de la Administración Pública objetivamente por falta o falla de servicio, y otra la personal de sus servidores por culpa o dolo de los mismos, las consecuencias de esta partición, según la regla de que la competencia sigue al fondo, se reflejarán en las atribuciones competenciales de los órganos jurisdiccionales facultados para conocer los conflictos respectivos.

El artículo 10. de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal autoriza al Ejecutivo de la Unión para que, por conducto del Tribunal Fiscal de la Federación, depure y reconozca las obligaciones no prescritas a cargo del Gobierno Federal, nacidas y derivadas de hechos jurídicos acontecidos durante el período que comienza el 1.º de enero de 1929 inclusive, al 31 de diciembre de 1941, inclusive, y que se hallen pendientes de pago. Por su parte, el artículo 10 primer párrafo de dicho ordenamiento dispone que todo crédito, cualquiera que sea su origen, con las únicas excepciones a que se refiere el artículo 20. de la Ley, para el que en el futuro no exista asignación presupuestal, en el año de su constitución ni en el inmediatamente posterior, deberá reclamarse ante el Tribunal Fiscal de la Federación en el mes de enero del ejercicio siguiente, estableciéndose en el artículo 60. que el Ejecutivo Federal someterá al H. Congreso de la

29 Basamante Abona, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires.

30 Basamante Abona. *Obras citadas*.

31 Esquivel Portocarrero. *Obras citadas*.

32 Vidal Perdomo Jaime. *Derecho Administrativo*.

Unión, una iniciativa que provea al pago de las obligaciones que por sentencia del Tribunal queden depuradas y reconocidas con cargo al Gobierno Federal.³³ Sin embargo, el mandamiento de este último dispositivo, si se analizan las actuaciones judiciales al respecto, parece no haber tenido ninguna eficacia, a pesar de que en su momento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de dar eficacia al numeral considerado, en la tesis de jurisprudencia intitulada:

"CRÉDITOS A CARGO DEL GOBIERNO FEDERAL. LEY DE DEPURACIÓN. El quejoso reclama la negativa del Director de Crédito, por orden del Secretario de Hacienda, a incluir en el Presupuesto el crédito a su favor, fundada en que está en suspenso su exigibilidad conforme al artículo 60. de la Ley mencionada, la privación del importe que le corresponde y los efectos de dichos actos. Presentó como pruebas el fallo del Tribunal Fiscal depurando su crédito y los oficios 11 y 18 de agosto de 1944, por el primero de los cuales la expresada Secretaría ordenó se incluyera la partida necesaria para cubrir la reclamación. En las anteriores condiciones, la justificación que de los actos reclamados pretenden hacer las responsables, apoyándose en que el artículo 60. de la Ley de Depuración de Créditos invocada, exige para el pago de los reconocidos por el Tribunal Fiscal de la Federación la expedición de una Ley que el Ejecutivo deberá someter a la aprobación del Congreso de la Unión, no está arreglada a derecho, porque si bien es verdad que no compete a las responsables intervenir ante las Cámaras con la finalidad indicada, en cambio han desconocido en el caso las obligaciones que les imponen los artículos 90 de la Constitución Federal, que previenen que para el despacho de los negocios del orden administrativo de la Federación habrá el número de Se-

cretarios que determine una ley que distribuirá los asuntos que estarán a cargo de cada Secretaría; el artículo 40. de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado que asigna a la Secretaría de Hacienda, entre otras funciones, la de despachar lo relativo a presupuestos federales y medidas administrativas sobre responsabilidades en contra de la Federación; y el artículo 17 de este último ordenamiento que encomienda a cada Secretaría de Estado formular los proyectos de leyes sobre la materia de su competencia. Conforme a las citadas prevenciones, cuyo cumplimiento ha reclamado el quejoso de las responsables en este juicio, Secretaría de Hacienda y Dirección de Crédito de la misma, no pueden válidamente rehusarse a someter a la consideración del Ejecutivo el proyecto necesario para dar cumplimiento al aludido fallo del Tribunal Fiscal de la Federación dictado en el caso de la reclamación del quejoso, señor Juan B. Saldaña, lo cual por otra parte habían iniciado a través del primero de los acuerdos que comprobó el recurrente por el que se ordenó al ciudadano Director General de Crédito que incluyera en el presupuesto para 1945 la partida correspondiente a este adeudo. Por tanto debe revocarse la sentencia que negó el amparo concediéndose para el efecto indicado.- J.A. contra actos del Secretario de Hacienda y Crédito Público, y otra. Toca 9345-44-1a, fallado en 8 de octubre. Amparando.- Por unanimidad de cinco votos.*

Informe 1945, Págs. 52 y 53. (2a. Sala).-

Las distintas Leyes Orgánicas del Tribunal Fiscal de la Federación, advirtiendo que la competencia del mismo se encontraba regulada directamente en el primer Código Fiscal, de 31 de diciembre de 1938, no establecen una competencia expresa de sus Salas para el conocimiento y resolución de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal.

33 En el prólogo a "La Justicia Federal y la Administración Pública" (1972), el Dr. Antonio Carrillo Flores relata que en 1962 había elaborado un proyecto de Ley que derogase el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos de 1941, a modo de establecer un sistema eficaz relativo a la responsabilidad del Estado, disminuyendo la posibilidad de reclamaciones internacionales, a lo que el entonces Presidente de la República argumentó la insuficiencia económica del Estado Federal para el pago de esos créditos. (Esta insuficiencia, creemos, sigue prevaleciendo hasta la fecha por no establecerse tales partidas en el presupuesto de Egresos de la Federación.)

* Véase igualmente la tesis de la S.C.J.N. consultable en T. LXXIX, p. 2031 (5a. época), R.A. 4328/43, Terrazas, Joaquín, 28 de enero de 1944.- "Adeudos del Estado a cargo de los particulares".

Conforme a las ideas expuestas, la jurisdicción administrativa resulta competente para el conocimiento y resolución de estos conflictos, por la remisión que hace la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal a las Salas del Tribunal Fiscal, siguiendo en esto los lineamientos que la jurisprudencia del Consejo de Estado en Francia había fijado en las ejecutorias "Pelletier", de 30 de julio de 1837, y "Anguet" de 1911,³⁴ tendientes a disociar y distinguir por materia y por jurisdicción competente, la falta de servicio y la falta personal, es decir, jurisdicción administrativa y jurisdicción ordinaria, respectivamente.

En lo que respecta a la eficacia real de la jurisdicción administrativa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Federal, algunos autores mexicanos³⁵ han sostenido que la Justicia Administrativa en México tiene la característica de absoluta ineficacia, ya que el único recurso viable ahora, es el de acudir al poder judicial federal, muy por encima de las posibilidades y aspiraciones del grueso popular, que espera la creación de los Tribunales de Justicia Administrativa. Entre las afirmaciones de esta autora, figura la de que pueden los actos de la Administración lesionar los derechos de los particulares y para que se cumpla la justicia y se satisfaga el derecho, es preciso que se establezca una Jurisdicción Civil, por ejemplo, que ejerza el Poder Judicial propiamente dicho. Por virtud del principio elemental en que se funda la separación de Poderes, debe admitirse la necesidad de una jurisdicción contencioso administrativa en la cual igual que en la Jurisdicción Ordinaria o Común, debe haber grados y jerarquías, autoridades inferiores y superiores, y una primera y una segunda instancia por lo menos, a modo de que los fallos de esta última hubieren de reunir la estabilidad y la firmeza de sentencias ejecutoriadas y la fuerza de cosa juzgada.³⁶

Al parecer, las afirmaciones que se comentan provienen de que su autora parte de una comparación entre el sistema constitucional imperante en Francia, conforme al cual la división de poderes de ese País llegó desde sus principios a sustraer de los Jueces Comunes el conocimiento de los actos de los funcionarios administrativos (reservánolo a la Jurisdicción Contencioso Administrativa), con el sistema rígido de división de Poderes con supremacía del Poder Judicial que nuestras Constituciones siguieron, inspirándose en la interpretación norteamericana de la división de poderes.

De una manera u otra, sin embargo, es exacto que la eficacia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en materia de responsabilidad extracontractual es nula en nuestro país, circunstancia que ya ha sido puesta de relieve por prestigiosos juristas mexicanos, como el propio Carrillo Flores.

Para el Lic. Jorge Sánchez Median,³⁷ la Ley de Depuración de Créditos tiene muchos puntos favorables, otros discutibles y algunos inaplicables o susceptibles de reformarse, pero desde luego lo más importante es que debe trabajarse sobre este aspecto casi abandonado en el que destacan dos puntos medulares, a fin de determinar un órgano oficial que armonice los intereses de los particulares y los del Gobierno Federal, a saber: 1.- Si se busca el establecimiento de un Tribunal especial que podría ser el propio Tribunal Fiscal de la Federación para conocer de juicios por responsabilidad oficial o bien 2.- Partiendo de las facultades conferidas al Poder Judicial Federal se le asigne esta nueva competencia.

De una manera u otra, creemos que el problema de esta ineficacia no deriva sólo de una cierta forma de distribución competencial en los órganos jurisdiccionales de nuestro sistema jurídico, pues si bien es cierto que la primacía del Poder Judicial proveniente del ordenamiento constitucional establece una clara diferencia con el sistema de la jurisdicción contencioso administrativa del sistema francés, también lo es que el instrumento jurídico que el legislador puso en manos de los ciudadanos con la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, fue y sigue siendo causa de su falta de positividad a juzgar por los mínimos resultados de su aplicación.

En efecto, la propia Ley en comentario, en su artículo 12 inciso A) dispone que contra las sentencias del Pleno o de las Salas, el actor podrá, a su elección, pedir el amparo de la Justicia Federal en los términos de la Ley de la materia, o, inciso B), iniciar ante la Suprema Corte de Justicia, en los términos del artículo 105 constitucional, juicio ordinario para obtener el reconocimiento por la Federación de los créditos rechazados, añadiendo que en este juicio no podrán proponerse cuestiones de hecho o de derecho diversas de las planteadas ante el Tribunal Fiscal ni rendirse pruebas distintas.

34 Les grands arrêts de la Jurisprudence Administrative.

35 Gloria Sánchez-Hidalgo Bastida: Publicación de los 45 años del Tribunal Fiscal de la Federación.

36 Gloria Sánchez-Hidalgo Bastida: Obra citada.

37 "Posibilidad Constitutiva para el establecimiento en México de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Federación".

Tribunal Fiscal de la Federación, 45 años, Pág. 465 y siguientes.

Como podrá advertirse, el único intento del Estado Mexicano por sujetar a la responsabilidad objetiva a la Administración Pública, se resolvió en una mera instancia jurisdiccional administrativa cuyo fondo sería resuelto finalmente por los órganos de la Justicia Federal.

En cuanto a la responsabilidad personal de los Servidores Públicos de la Administración, la situación no parece mejor para los intereses de los particulares dañados. En primer lugar, porque, para establecer el significado jurídico de la locución: "En el ejercicio de las funciones que les estén encomendadas" que emplea el artículo 1928 del Código Civil para el Distrito Federal, habría que acreditar en juicio ordinario:

- A) El criterio subjetivo de acuerdo con el cual habría que analizar la voluntad o la intención del agente, a fin de averiguar si actuó con motivo de la función o con la finalidad de cumplirla.³⁷
- B) O un criterio objetivo, según el cual lo que hay que analizar es la reconocibilidad externa, la apariencia y caracteres con que se presenta objetivamente el acto o hecho.

Y en segundo, deben distinguirse los actos cumplidos en el ejercicio de su función, de aquellos ejecutados con ocasión o durante el servicio, pero no extraños al mismo.³⁸

Ahora bien, en esta situación podrá advertirse la considerable dificultad de tipo procesal a que se encuentran sujetas las víctimas de los hechos de los servidores públicos, ya que en cierto sentido lo único que podría demostrar la víctima como antecedente del daño causado sería una falta grave del agente, en el sentido de que el evento perjudicial se produjo por motivos estrictamente personales del mismo y sin ninguna relación directa o indirecta con la función o el servicio a su cargo. Es decir, actuaciones o hechos en que aparezca, como decía Laferrière, la manifestación del hombre en sus pasiones y debilidades.

* Además, en contra de lo que sucede en la responsabilidad contractual, en que el acreedor sólo tiene que probar la existencia de la obligación, sin tener que probar que el incumplimiento proviene de culpa del deudor (la cual se demuestra por el solo hecho del incumplimiento), en materia de responsabilidad extracontractual, la víctima debe probar el hecho doloso o culpable, a menos de que la Ley presuma la culpabilidad. Alessandri, Arturo: "De la responsabilidad extracontractual en derecho Civil Chileno". Pág. 52.

38 Buafamente Alsina, Obra citada. Un examen crítico de esta distinción, así como de las sustentadas por Haubou (responsabilidad personal igual a conducta separada de la conducta administrativa ordinaria) y la Duguit (acto defectuoso separable netamente del acto administrativo y conducta personal irregular implicada en un acto administrativo), puede verse en Jean Claude Macaire: "La responsabilité pénale des agents publics en droit français". LGDI. 1962.

Aunada a esta dificultad, ya de por sí desalentadora, aparece la circunstancia de acreditar la insolvencia del servidor público como condición de procedencia para demandar al Estado Federal por la vía de la subsidiariedad, en los términos del artículo 1928 del Código Civil Federal.³⁹

Abandonada hoy por la mayor parte de la doctrina la teoría de la doble personalidad del Estado, no parece que pueda hacerse cuestión respecto de la demandabilidad del Estado Federal subsidiariamente a la responsabilidad personal de sus agentes, ya que, prescindiendo de las denominaciones de Federación a que se refiere el artículo 103 Constitucional y Estado en el 1928 del Código Civil, la interpretación relacionada de ambos preceptos respecto del origen y finalidad de su institución como protectora de los derechos de los particulares, permite deducir la responsabilidad subsidiaria del Estado Federal conforme al artículo 1928 del Código Civil.*

Al afirmar la enjuiciabilidad del Estado Federal por actos lesivos de sus servidores, generadores de responsabilidad, es obvio que dicha relación no puede establecerse en abstracto entre el Estado Federal, el agente causante del daño y el particular dañado, en virtud de que el Estado no puede concebirse para estos efectos como una unidad política orgánicamente indiferenciada, sino a través de un órgano del mismo, al cual pertenece o del cual sea titular el funcionario o servidor responsable.

En este sentido, la relación de los artículos 89 fracción I y 90 constitucionales determina que la Administración Pública Federal, como una actividad organizada del Poder Ejecutivo, se agrupe en dependencias, y en entidades (Sector Paraestatal), y por lo mismo con personalidad jurídica y patrimonio propios, es decir, como sujetos de acción administrativa con capacidad para actuar jurídicamente.

El patrimonio de estos sujetos forma parte del patrimonio del Estado, que se les confía para gestionar los fines de su institución, pudiéndose cuestionar acaso la existencia de un interés jurídico propio de los mismos y contrapuesto al del Estado, como consecuencia de un acto de éste que afecte al patrimonio de aquéllos.

La responsabilidad de tales organismos y/o empresas del Estado es función de la existencia de un patrimonio independiente al que quepa atribuir

39 Uno de los escasos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el particular, aparece en la tesis de jurisprudencia intitulada: "Juicios contra la Federación.- Acción Subsidiaria de Responsabilidad Civil de la Federación. Individuación de la demanda". Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1936, Págs. 123 y 124. Amparo Directo 2893/33. 3a. Sala. Informe de 1935. Pág. 47. Quinta Época: "Responsabilidad del Estado por actos de sus funcionarios".

los efectos dañosos de su actuación. "Sin la existencia de un patrimonio y propia responsabilidad, los entes devienen sin plex medios de actuación de otra persona a la que, en definitiva, se imputan los efectos de las acciones de aquéllos, en estos casos se está ante puro entes instrumentales que participan de la naturaleza del órgano, pero no son personas en plenitud de sentido".*

A pesar de ello, tales entidades, al gozar de una personalidad jurídica en nuestra opinión quedan legitimadas para comparecer en juicio por medio de sus representantes legales, según lo autoriza el artículo 40. del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Por lo que se refiere a los órganos de la Administración Pública Federal centralizada y sin hacer cuestión aquí respecto de si son o no sujetos de derecho susceptibles de legitimación en juicio vista la estructura jerárquica en que tales órganos se ordenan a partir del Secretario del Ramo, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República resuelve tal legitimación en aplicación de los artículos 20. fracción III y 50 fracción II, con independencia de las facultades que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y los Reglamentos Internos de tales Secretarías, confieran a los órganos que deban representarlos en controversias judiciales.

En efecto, considerando que las Secretarías de Estado, conforme al artículo 90 Constitucional forman parte orgánica de la función administrativa federal a cargo del Presidente de la República, tales dependencias alcanzan, para los efectos de su enjuiciamiento, una cierta individualidad que deriva de la imputación de hechos dañosos que se les atribuyen, requiriendo en consecuencia ser oídas y vencidas en juicio, dada su eventual condena patrimonial.

La competencia, en ambos casos, es del Juez Federal (artículo 43 fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), toda vez que el patrimonio comprometido corresponde a la Federación, excluyéndose para el accionante la alternativa de acudir a la vía federal o alegar indistintamente la competencia de los Jueces del fuero común, con arreglo al artículo 104 fracción I Constitucional.

Por otro lado, la remisión que hace el artículo 43 fracción VI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación al 11 fracción IV de la misma Ley, para los efectos del artículo 105 Constitucional, que otorga

competencia exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las controversias en que la Federación sea parte, en los casos que establezca la Ley, ha sido interpretada por ese alto Tribunal en el juicio ordinario federal 17/46. Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Informe de 1936, Pág. 32, con el Título de "Juicios Federales (caso en que la Federación es parte)", que en su parte conducente dice: "En los demás casos, cuando la materia de los conflictos sometidos a la jurisdicción de los Tribunales Federales afecta a la Federación en su patrimonio, pero sin menoscabar sus atribuciones constitucionales y sin afectar el funcionamiento de la forma de gobierno representativo, democrático y federal, o su dominio sobre la zona federal, la resolución de tales negocios no compete al Pleno en única instancia sino a los Juzgadores de Distrito en la forma y términos establecidos en la Ley Fundamental y por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación".

Particularmente tratándose de reclamaciones de daños y perjuicios hechos a la Federación, el propio Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha declarado incompetente (Juicios Federales 3/957, 2/536, 13/533)* reservándose su competencia cuando el juicio afecte a la soberanía de la Nación, el Patrimonio o Crédito de la Nación misma, o que los órganos por cuyo conducto se haya establecido la relación jurídica origen de la controversia hayan intervenido en el caso precisamente en representación de los Estados Unidos Mexicanos.**

Ahora bien, por lo que se refiere a las responsabilidades reguladas por la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, y en atención a que conforme a su artículo 11, el juicio depurativo se tramitará con arreglo al Código Fiscal de la Federación, resultará parte demandada en el mismo el Secretario de Hacienda y Crédito Público por disposición del propio Código, afirmación que se confirma con el texto del artículo en consideración al tenor del cual, de no determinarse la existencia del crédito reclamado de acuerdo con las pruebas aportadas, se absolverá a la Hacienda Pública.

* Consultables a folios 578 y 58 del Volumen intitulado "Jurisprudencia y Tesis sobresalientes sustentadas por la Sala Civil de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1955-1963, Mayo Edición, 1960. (Informe 1967.- Pleno. Pág. 107)

** Según el Lic. Socrates Huerta, el Procurador General de la República ha opinado que el Pleno de la S.C.J.N. es competente para conocer de los asuntos en que la Federación fuese parte, en defensa de los intereses de trascendencia e importancia para la Nación, entre los cuales figuran las pretensiones de afectación del crédito nacional (Comentarios a la nueva Ley de la Procuraduría General de la República. Ed. Dinámica del Derecho.- No. 14, Pág. 29.- México, 1976).

* Gaspar Añón Ortiz, Revista de Administración Pública No. 63, "La Administración Institucional. Origen y Personalidad".

Por otro lado, y conforme al artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, si la causa de la lesión antijurídica proviene de una culpa en los servicios públicos, será indispensable la identificación de la dependencia o entidad a cuyo cargo estaba la prestación de los mismos; de lo que resultarían legitimadas pasivamente en juicio, de manera directa, la dependencia o entidad demandadas.

En el caso de apurarse la vía prevista en el artículo 12 inciso B) de la Ley de referencia, es decir, iniciar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación juicio ordinario para los efectos del artículo 105 constitucional, la legitimación procesal pasiva de las dependencias se habrá transferido al Procurador General de la República, con base en lo ordenado por los artículos 2o. fracción III y 5o. fracción II de su Ley Orgánica.

VI. CONGRUENCIA ENTRE LOS DEBERES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y SU RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Se reitera que el Estado de Derecho es aquel la forma de Estado en que se reconoce y tutelan los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la Administración a la Ley,⁴⁰ y se caracteriza por el otorgamiento a los particulares de los medios idóneos para la defensa de sus derechos.

Ahora bien, desde el punto de vista del agente, la responsabilidad consiste "en la indeclinable capacidad de las personas para conocer y aceptar las consecuencias de sus actos y de sus omisiones en cuanto pueden dañar o perjudicar los derechos o los intereses de aquellas otras a quienes afecte su conducta, sin que pueda haber responsabilidad sin imputabilidad, es decir, sin la existencia de un nexo entre la conducta libre del agente y sus consecuencias",⁴¹ por otro lado los estatutos legales que establecen la competencia o disponen las condiciones normativas del servicio público, imponiendo deberes al servidor público, en un determinado sentido, podrían enfrentarlo a la conocida disyuntiva entre la legalidad y eficiencia. En efecto, conforme al artículo 113 constitucional, la honradez y eficiencia constituyen valores de la función pública cuya expresión legal se encuentra consignada en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabili-

dad de los Servidores Públicos. Ya en el siglo pasado, Olivan, en su conocida obra "De la Administración Pública con relación a España", se planteaba esta alternativa entre un empleado eficiente, pero inmoral y un empleado mercurioso, honesto y legalista, pero improductivo.

Ha sido ya ponderada la situación de que un control demasiado rígido sobre la actuación de los servidores públicos, como es el caso de su sometimiento judicial por la responsabilidad en que incurran, puede originar la inhibición de las funciones o los servicios públicos con detrimento tan grave para éstos como puede serlo la violación de los intereses particulares.⁴²

La justicia requiere que la apreciación de las circunstancias objetivas del daño y personales del agente, valoradas desde el análisis de la naturaleza del vínculo que lo une a la Administración Pública como autoridad o como empleado, sean determinantes en la calificación de la falta. Esta sola apreciación es suficiente para advertir que frente a la libre actividad del particular, la actuación del agente resulta de su especial relación de sujeción a las reglas de competencia o de prestación del servicio público. Con ello se puede enunciar la posibilidad de un régimen jurídico de solidaridad o corresponsabilidad entre la Administración Pública y sus servidores en que, no obstante no existir en el servidor público dolo o culpa grave, el daño se produjera.

Pueden enumerarse algunos supuestos en que quedaría justificada esta corresponsabilidad. A) Cuando el hecho dañoso no afecte las condiciones esenciales de la función o el servicio público; B) Cuando la infracción se califique como no grave; C) Cuando la ilicitud del hecho derive de condiciones que impliquen la emisión de medidas urgentes o extraordinarias, con la finalidad de conservar el orden público o proteger un interés general sin facultades del agente para esos efectos; D) Cuando el agente carezca de los medios y recursos indispensables para el correcto ejercicio de sus atribuciones, y E) Cuando como consecuencia de un acto o hecho ilícito del servidor, la Administración Pública obtuviera un derecho o beneficio, o la satisfacción de un interés público concreto.

El principio general a que quedarían sometidas estas normas sería el de que quien recibe el beneficio debe soportar las cargas de los riesgos. O, como lo quería Hauriou: "Que la administración haga, pero que indemnice".

40 Rafael Entrena Cuesta, "Concepto y clases de los Estados de Derecho". En el libro "Problemática de la ciencia del derecho", Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 1962. España. Pág. 248.

41 Fabrega del Pilar José M., Obra citada.

42 Jean Claude Macaire, obra citada. Pág. 7.

CONCLUSIONES

- A) Lo que es.- A través de las páginas anteriores se advierte que la situación real en que se encuentran los ciudadanos afectados por los hechos o actos culposos de los agentes o autoridades de la Administración Pública Federal, no se ha remediado con la vía del artículo 1928 del Código Civil, no obstante la significativa importancia que tuvo este precepto al sujetar al Estado a una responsabilidad propia por los actos de sus servidores.

Por su parte, la Ley de Depuración de Créitos a cargo del Gobierno Federal, que a imitación de modelos extranjeros pretendió introducir en nuestro país la llamada falla o falta de servicio por el riesgo objetivo incorporado a la prestación de aquél y sin culpa o dolo de los servidores públicos, ha resultado ser estéril frente a la reticencia del Ejecutivo Federal de darle cumplimiento en el punto de constituir presupuestalmente partidas para el pago de los créditos que en contra del Gobierno Federal se hubieran liquidado y determinado conforme a ese ordenamiento.

- B) Lo que debe ser.- La evolución de las técnicas de intervención administrativa en la vida social y económica del país conlleva al incremento acelerado de riesgos a cargo de los particulares, que generan un peso social de magnitud considerable, cuyo resarcimiento, si se quisiera de cabal cumplimiento a los artículos 14 y 16 constitucionales, debería corresponder al Erario Público Federal por la vía de una redistribución de las cargas impuestas a los particulares y por aplicación del principio general de derecho de igualdad ante la Ley. En este sentido, las ideas preexistentes, la escasa doctrina nacional generada al respecto, y los exiguos precedentes jurisprudenciales, deberán fundar el planteamiento realista de un nuevo ordenamiento jurídico que satisficiera, al menos en el grado de avance de las relaciones Estado-Sociedad de nuestro País, el cumplimiento del bienestar común en el Estado-Social de derecho.
- C) Lo que puede ser.- De acuerdo con lo anterior, y considerando que las reformas recientes al Título Cuarto Constitucional no pueden estimarse satisfechas según el estado de su actual regulación legal, sino que, desde nuestro punto de vista, se deben extender hasta la protección, por la vía de resarcimiento o indemnización, de los intereses particulares, a continuación se formulan para tal efecto las proposiciones respectivas.

PROPOSICIONES

Las bases jurídicas que requiere actualmente un sistema eficaz de reparación e indemnización en favor de los particulares, podrían partir de las siguientes premisas:

- A) Generalmente, la conducta de un servidor público que cause lesiones antijurídicas a terceros implica una infracción a los deberes consignados en el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que a su vez provocará la puesta en marcha de las facultades sancionadoras de la Administración pública, en la vía disciplinaria, conforme al procedimiento previsto por el artículo 64 del mismo ordenamiento.
- B) Conforme a los artículos 55 y 76 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la sanción que se imponga será hasta por dos tercios del daño causado o el lucro obtenido.
- C) La finalidad disciplinaria se obtiene con la imposición y ejecución de la sanción económica al servidor público, sin perjuicio del destino que se dé a las sumas correspondientes, por lo que en su caso ésta podrá aplicarse en favor de la víctima, ya que de lo contrario sería injusto que el particular afectado patrimonialmente se viera en la necesidad de acudir a la vía ordinaria a reclamar la reparación de sus daños respecto de un servidor público que al haber sido sancionado por la Administración Pública podría ver disminuida su solvencia.
- D) Sólo para los efectos de la Ley, podría considerarse que la Administración Pública se subroga en la acción del afectado en el sentido de asegurarle la ejecución de su acción resarcitoria, si en ejercicio de su actividad disciplinaria la Administración Pública está en condiciones de garantizar, al menos parcialmente, la solvencia del servidor público responsable, por la vía de la retención de una suma de dinero a cargo de aquél, constituida por uno de los dos tercios del daño causado o beneficio obtenido, cobrados al responsable según el procedimiento que se propone.

La extensión de las facultades disciplinarias, para estos efectos, comprendería a toda la Administración Pública Federal Centralizada, puesto que las Entidades Paraestatales responden con el patrimonio que se confía a su gestión y en el régimen de derecho común al que el Estado ha decidido someterlas. Las organizaciones públicas estatales sin personalidad jurídica y los fideicomisos que darían incluidos en el primero de los regímenes indicados.

E) En cuanto al procedimiento aplicable, se partirá de lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, dando oportunidad al interesado afectado de concurrir al mismo, con observancia de las formalidades respectivas.

De esta manera, la determinación administrativa de la responsabilidad podrá concluir por una parte, en la imposición de una sanción disciplinaria, y por la otra, en la creación de un título jurídico en favor de la víctima, suficiente para reclamar el pago del daño acreditado.

F) La iniciación del procedimiento podrá determinarse por queja fundada del agraviado, a condición de que su pretensión establezca la cantidad líquida del daño o contenga las bases de su determinación.

En este sentido, se considera conveniente que con el escrito de queja o denuncia, la Administración Pública Federal decretara el embargo preventivo en bienes del servidor público objeto de la denuncia, que podrá subsecuentemente ser levantado, conforme a las prescripciones del Código Fiscal de la Federación, dado el carácter de crédito fiscal que a la responsabilidad de los servidores públicos confiere el artículo 40. del mencionado ordenamiento, además de que constituyen un aprovechamiento en términos del artículo 30. del citado Código Fiscal de la Federación.

Las formalidades exigidas por el artículo 16 constitucional quedarán satisfechas con la sola observancia de la competencia, la fundamentación y motivación del acto y su carácter escrito, pues al no constituir el embargo precautorio un acto de privación sino de molestia, el contradictorio que requiere la privación de derechos quedaría obedecido, conforme al artículo 14 con la observancia de las formalidades dentro del procedimiento que se menciona.

BIBLIOGRAFÍA

- Altamira, Gyrena.- Responsabilidad del Estado.- Editorial Aurea.
- Añho Ortiz, Gaspar.- Revista de Administración Pública No. 63.- "La Administración Institucional, Origen y Personalidad".
- Benoit, Pierre.- Droit Administratif.- Editorial Dolz, Paris.
- Bielha, Rafael.- Derecho Administrativo.- Tomo III.- Editorial la Ley.- Buenos Aires.
- Blasco Esteve, S.- La Responsabilidad de la Administración por los actos Administrativos.- Editorial Civitas, Madrid.
- Boquera Oliver, José María.- "La Responsabilidad Patrimonial del Estado". Madrid.
- Bustamante Aluna, Jorge.- Teoría General de la Responsabilidad Civil.- Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Carillo Flores, Antonio.- La Justicia Federal y la Administración Pública.- México.
- Castro Estrada, José.- Apuntes de la Cátedra de Derecho Administrativo.- Sin fecha.- México.
- Díez, Manuel María.- Derecho Administrativo.- Tomo V.- Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Díez, José Roberto.- Derecho Subjetivo y Responsabilidad.- Ed. Temis.- Colombia.
- Duguit, León.- Las transformaciones del Derecho Público.- Ed. Syma.- España.
- Estrada Cuesta, Rafael.- Concepto y clases de los Estados de Derecho en el libro sobre la problemática de la Ciencia del Derecho.- Barcelona.
- Fuente, Héctor.- Compendio de Derecho Administrativo.- Ed. Abeledo Perrot.- Buenos Aires.
- España Pontificaria, Juan Carlos.- La Responsabilidad del Estado por Falla del Servicio Público.- Bogotá.
- Fábregas del Pilar, José María.- La Responsabilidad del Estado y de sus autoridades y funcionarios.- Revista General de Legislación y Jurisprudencia.- Madrid.
- Fuorini, Bartolomeo.- Derecho Administrativo.- Tomo II.- Buenos Aires.
- García de Enterría, Eduardo.- Los principios de la Nueva Ley de Expropiación Forzosa.- Ed. Instituto de Estudios Políticos.- Madrid.
- Hedvén de Vries.- Revista Conmemorativa de los Cuarenta y Cinco años del Tribunal Fiscal de la Federación.- México.
- Leguina Villa, Jesús.- Responsabilidad Civil de la Administración Pública.- Ed. Técnos.- Madrid.
- Maestre, Jean Claude.- La responsabilité Pécuniaire des Agents Publics en Droit Français.- LGDJ.- 1962.
- Rivero Ysern, Enrique.- La responsabilidad Civil frente a la Administración Pública.- Revista de la Administración Pública.
- Sánchez Hidalgo Bostida, Gloria.- Revista Conmemorativa de los Cuarenta y Cinco Años del Tribunal Fiscal de la Federación.- México.
- Sánchez Medina, Jorge.- Idem.
- Santa María, Juan Alfonso.- "La Teoría del Órgano en el Derecho Administrativo".- Revista Española de Derecho Administrativo.
- Veiel, Georges.- Derecho Administrativo.- Ed. Aguilar, Madrid.
- Vidal Perdomo, Jaime.- Derecho Administrativo.- Bogotá.
- Weil, Jean Brabant.- Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative.- Francia.
- Zavada, Ricardo J.- Soberanía y Responsabilidad.- México.

9. Leyes del procedimiento administrativo

Héctor Fix-Zamudio

Las leyes de procedimiento administrativo

SUMARIO: I. *La necesidad y conveniencia de regular el procedimiento administrativo.* II. *La ley española de 1958.* III. *La ley federal alemana de 1977.* IV. *El procedimiento administrativo en el derecho mexicano.*

1. *La necesidad y conveniencia de regular el procedimiento administrativo*

32. Habíamos señalado con anterioridad (*supra* número 20) que uno de los aspectos esenciales para lograr la eficacia de la justicia administrativa, y por tanto de la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados, consiste en la regulación precisa —lo que no se opone a su flexibilidad— de la actuación de las autoridades administrativas, a través de la expedición de una ley de procedimiento administrativo, que no existe en nuestro ordenamiento, ni en la esfera federal ni en el ámbito de las Entidades Federativas (con excepción que señalaremos más adelante, *infra* número 50), imperando por el contrario una verdadera anarquía que hace todavía más angustiosa la situación de los administrados.⁴⁰

33. El objeto esencial de las leyes de procedimiento administrativo consiste en la configuración de un cauce adecuado a la actividad administrativa, no sólo por lo que se refiere a los actos que

⁴⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de los recursos administrativos", en la obra colectiva *Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga*, México, 1972, pp. 60-62.

consideran reglados, sino inclusive a los que otorgan facultades discrecionales, a fin de evitar la multiplicidad de actuaciones y la incertidumbre de los administrados en cuanto a su conocimiento y su intervención en los actos y resoluciones que le afectan, sin olvidar tampoco la garantía del interés público, pues como lo señala en forma muy aguda el tratadista español Jesús González Pérez, el sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas distintas: como garantía del interés público y de los derechos de los particulares.⁴¹

34. Un sector muy importante de los ordenamientos contemporáneos ha expedido leyes de procedimiento administrativo, que se perfeccionan paulatinamente, pero como un examen panorámico de esa legislación exigiría un estudio muy extenso, seguiremos el sistema que hemos adoptado de tomar en cuenta algunos ejemplos significativos, especialmente los más recientes o próximos a nuestro sistema jurídico, y por ello hemos elegido, según lo señalamos anteriormente (*supra* número 20), las leyes federal alemana de 1977, por sus aportaciones novedosas, y la española de 1958, por su acercamiento al derecho mexicano.

II. La ley española de 1958

35. En primer lugar haremos referencia a la legislación española, tomando en consideración que la ley de 1958 se apoyó en una tradición sobre la regulación de los actos administrativos que cristalizó en la Ley de Procedimiento Administrativo del 19 de octubre de 1889, que con todo y sus defectos, pudo encauzar durante un largo período la actividad de las autoridades administrativas españolas, todo lo cual ha culminado con la consagración constitucional de los principios del procedimiento administrativo en la Carta Fundamental de diciembre de 1978.⁴²

36. En efecto, el artículo 105 de la citada Ley Suprema dispone: "La ley regulará: a) la audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas

por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado"; debiendo tomarse en consideración que este precepto está estrechamente relacionado con el principio de la sujeción de la administración al principio de legalidad, establecido por el inciso 1.º del artículo 103, de la propia Constitución, de acuerdo con el cual: "La Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación, *con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*." Con apoyo en estas disposiciones constitucionales y de acuerdo con el documentado dictamen formulado por el Consejo de Estado el 13 de diciembre de 1979, el Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de la Presidencia presentó ante el Congreso de los Diputados en el mes de octubre de 1981 un proyecto de reformas a la citada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, en el que, entre otros aspectos, se propone una regulación del procedimiento para exigir responsabilidad a todas las administraciones públicas, así como un nuevo tratamiento a la participación de los ciudadanos en el procedimiento y elaboración de las disposiciones administrativas, y al acceso a los archivos y registros, con las salvedades que establece la misma Constitución.⁴³

37. En términos muy amplios, y apreciando en su conjunto tanto la ley española de procedimiento administrativo de 1958, reformada parcialmente por la diversa ley de 2 de diciembre de 1963, como los principios que implican una mayor tutela de los administrados establecidos en el citado artículo 105 de la Constitución de 1978, transcrito en el párrafo anterior, resulta conveniente señalar los siguientes principios:

38. A) *Los principios formativos del procedimiento*, ya que según el inciso 1.º del artículo 29 de la citada Ley de Procedimiento

⁴¹ Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, Madrid, 1977, p. 70. Ver también, García de Enterría, Eduardo y Fernández-Tomé-Ramón, Curso de derecho administrativo, tomo II, Madrid, 1977, pp. 363-364.

⁴² Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández-Tomé-Ramón, *op. cit.*, tomo I, 3a. ed. Madrid, 1980, pp. 370-371.

⁴³ Cfr. entre otros, Sánchez Morón, Miguel, "Notas sobre la función administrativa en la Constitución española de 1978", en el volumen colectivo titulado *La Constitución española de 1978 (Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Prieto y E. García de Enterría)*, Madrid, 1980, pp. 601-659.

Administrativo: "La actuación administrativa se desarrollará de acuerdo a normas de economía, celeridad y eficacia", que si bien son objetivos muy difíciles de alcanzar en la práctica, señalan la intención del legislador español de subsanar los viejos vicios burocráticos que se apoyan precisamente por los lineamientos opuestos, que han transformado en peyorativo el vocablo *burocracia*.⁴³

39. a) El principio de la *información sobre la actividad administrativa*, lo que implica el conocimiento preciso del procedimiento y de las resoluciones que afectan a los administrados a fin de que puedan hacer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, y que está relacionado con el fenómeno que los destacados tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández califican como la *tensión publicidad-secreto en el procedimiento administrativo*, que ha provocado los más apasionados debates en épocas recientes en relación con los límites del derecho de información de los gobernados sobre la actividad de las autoridades administrativas.⁴⁴

40. Si bien este derecho de información se consagra en forma limitada en la ley española que estamos examinando y seguramente deberá ampliarse en virtud de la disposición del artículo 103, inciso 1, de la Constitución de 1978, transcrito con anterioridad (supra número 36); se regula tanto por lo que se refiere a intereses colectivos como respecto a los de carácter individual. En el primer supuesto, el artículo 87 establece la posibilidad de que la autoridad administrativa, cuando la naturaleza del acto lo requiera o afecte a sectores profesionales, económicos o sociales, podrá acordar un periodo de *información pública*.⁴⁵

41. Por lo que se refiere a la información de los afectados en forma individual, podemos señalar también en vía de ejemplo algunos aspectos positivos de la ley española, entre los cuales debe señalarse lo dispuesto por el artículo 79, inciso 2, en cuanto dispone que la notificación de las resoluciones administrativas a los afectados deberá contener el texto íntegro del acto, con la indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, y en su

caso la expresión de los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen pertinente.⁴⁶

42. El conocimiento de los actos y resoluciones administrativas por parte de los afectados está también relacionado con la institución del llamado silencio administrativo, que se encuentra regulado ampliamente en el citado ordenamiento español, tanto en sentido negativo, en el artículo 94, inciso 1, de acuerdo con el cual, cuando se formule alguna petición ante la administración y ésta no notifique su decisión en el plazo de tres meses, el interesado podrá denunciar la mora y transcurridos tres meses, desde la denuncia, podrá considerar desestimada su petición;⁴⁷ como en su aspecto positivo, en los términos del artículo 95 del propio ordenamiento, el cual establece que el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, en la inteligencia de que si las disposiciones legales no previeran un plazo especial, este será también de tres meses, a contar desde la petición.⁴⁸

43. c) Otro principio importante de la ley española es la regulación uniforme de los recursos administrativos como medios de defensa de los afectados contra los actos y resoluciones administrativas, considerados como los instrumentos esenciales de la defensa y audiencia de los administrados, pero no abundamos en esta materia, ya que la examinaremos en el inciso siguiente de este trabajo (infra números 53-87).

III. La ley federal alemana de 1977

44. La referencia a la ley federal alemana de 1977 es importante ya que representa el ordenamiento más avanzado y reciente sobre la materia, que recoge las experiencias de otras legislaciones similares, tanto extranjeras como de las Entidades Federativas (Länder) y no obstante que la doctrina considera que no existía

⁴³ Cfr. González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, cit., supra nota 41, pp. 223-224.

⁴⁴ *Cursos de derecho administrativo*, cit., supra nota 41, tomo II, pp. 385-387.

⁴⁵ Cfr. González Pérez, Jesús, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, cit., supra nota 41, pp. 504-505.

⁴⁶ Cfr. González Pérez, Jesús, *op. ult. cit.*, pp. 459-475.

⁴⁷ Cfr. González Pérez, Jesús, *op. ult. cit.*, pp. 548 y ss.

⁴⁸ Cfr. González Pérez, Jesús, *op. ult. cit.*, pp. 564 y ss.

una verdadera tradición sobre la regulación unitaria del procedimiento administrativo en Alemania, salvo algunos ejemplos aislados en legislaciones locales.⁴⁴

45. No repetiremos algunos aspectos sobre información, audiencia de las partes, flexibilidad y unificación del procedimiento administrativo que consagra también la ley española comentada con anterioridad (supra, números 39-41), y por ello nos limitaremos a destacar algunos lineamientos de mayor actualidad que consagra dicho ordenamiento federal alemán que entró en vigor el primero de enero de 1977, y que de manera ejemplificativa concentraremos en el llamado *procedimiento de masas* y en la obligación de la autoridad de *asesorar técnicamente* a los afectados por la actividad administrativa.

46. a) Por lo que se refiere al primer aspecto, es decir el relativo a la intervención en el procedimiento administrativo de un grupo colectivo, o sea, el *procedimiento de masas* (*Massenverfahren*) los artículos 17 a 19 de la Ley Federal Alemana reconocen la tutela de los llamados "bienes difusos", que ha sido objeto de preocupación reciente por la doctrina y la jurisprudencia procesales, ya que ha determinado la transformación del concepto clásico de la legitimación, a través de las que en el derecho anglosamericano se califican como *class actions* (en los Estados Unidos) y *relator action* (en Inglaterra).⁴⁵

⁴⁴ Cfr. Mayer, Franz, "La Ley sobre Procedimiento Administrativo en la República Federal de Alemania", trad. del italiano por Rodríguez García, Puente E., en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978, pp. 399-405; Obermayer, Klaus, "La Legge sul Procedimento Amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca", trad. de Maggioni, Beatrice, en *Amministrazione*, Milano, julio-septiembre de 1978, pp. 197-207.

⁴⁵ Sobre esta materia existe una bibliografía muy amplia, por lo que sólo citaremos algunos estudios recientes: Alpa, Guido, Arena, Giorgio y otros, en el libro colectivo, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976, especialmente los trabajos de Vita, Ana de, Zanuttighi, Lorisana y Troceter, Nicolò, pp. 437-488; Dentti, Vittorio y otros, *La azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1964)*, Padova, 1976; Cappelletti, Mauro, "Access to Justice. Comparative General Report", en *Rabel Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tübingen, 1976, pp. 693-701. Id., "Formazioni sociali e interessi de grupo frente a la justicia civil", trad. de Brañas, Raúl, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 31-32, enero-enero de 1978, pp. 1-40.

47. En efecto, los citados preceptos alemanes, recogiendo los principios establecidos por la jurisprudencia de su país, regulan la intervención de grupos numerosos de posibles afectados, cuyas instancias pueden ser presentadas a través de la designación de un representante común cuando el grupo sea superior a cincuenta personas y sin necesidad de mandato, quien puede participar en el procedimiento, a través del derecho de información y la posibilidad de alegar y presentar elementos de convicción, todo ello de acuerdo con la experiencia de las reclamaciones de organizaciones y asociaciones que presentan sus puntos de vista en ocasiones de manera vehemente, sobre la construcción de centrales eléctricas y nucleares, de nuevos y grandes aeropuertos; de enormes plantas industriales, así como otros problemas urbanísticos; relativos a la protección del medio ambiente, y a la planificación económica.⁴⁶

48. b) En cuanto al *asesoramiento*, en especial el artículo 25 del citado ordenamiento federal alemán consigna un verdadero derecho de los administrados, ya reconocido anteriormente por la jurisprudencia, para exigir a la autoridad administrativa que los oriente sobre el alcance de la actividad que los afecta, y por su parte, la autoridad debe corregir de oficio las instancias de los interesados (cuando las mismas son omisas o equivocadas por ignorancia o falta de experiencia), a quienes se debe proporcionar la información necesaria, en todo momento en que lo soliciten, siempre que la misma no perjudique las atribuciones legales de las autoridades respectivas.⁴⁷

iv. El procedimiento administrativo en el derecho mexicano

49. Si hacemos un cotejo de los dos ordenamientos examinados de manera tan superficial en los párrafos anteriores, es decir las legislaciones española y federal alemana sobre el procedimiento administrativo, con la situación que prevalece en el derecho mexicano, podemos señalar la anarquía que predomina en nuestro

⁴⁶ Cfr. Mayer, Franz, *La ley sobre procedimiento administrativo*, cit., supra nota 50, pp. 209-210.

⁴⁷ Todo ello de acuerdo con el principio general de que nadie debe ser privado de sus derechos por falta de conocimientos, cfr. Mayer, Franz, op. cit., p. 411; Obermayer, Klaus, *La legge sul procedimento amministrativo*, cit., supra nota 50, p. 210.

sistema, ya que el procedimiento está regulado por un número abundante de leyes administrativas especiales, tanto en el ámbito federal como el local, y sólo puede advertirse una relativa sistematización en el procedimiento tributario, en virtud de las disposiciones más precisas del Código Fiscal Federal que entró en vigor en abril de 1967,⁵⁴ y que ha sido imitado por varios códigos tributarios de las Entidades Federativas; evolución que recoge el Código Fiscal Federal de 1982.

50. La excepción, muy restringida, que podemos señalar es la relativa al *Código Administrativo del Estado de Chihuahua* promulgado el 25 de julio de 1974,⁵⁵ que constituye un esfuerzo apreciable por unificar toda la legislación administrativa local, y que contiene en su decimaprimer parte un libro único y un capítulo único, en el cual consigna disposiciones uniformes para los procedimientos y los recursos administrativos (artículos 1486-1502), pero desafortunadamente de manera subsidiaria, ya que dichos preceptos se aplican a falta de disposición expresa en la regulación especial de las diversas materias agrupadas en dicho Código, el cual de todas formas debe considerarse como un adelanto respecto del desorden imperante en un sector importante de la legislación administrativa mexicana.

51. No obstante que la necesidad urgente de expedir leyes de procedimiento administrativo, en el ámbito federal y local y especialmente en el primero, que ha sido señalada por la doctrina,⁵⁶ no se ha contemplado como aspecto esencial del nuevo marco normativo que deriva del extenso *programa de reforma administrativa*, que ha emprendido el gobierno federal que se inició con la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal* promulgada en diciembre de 1976, y que comprende la expedición tanto de reglamentos interiores de las diversas dependencias así como

acuerdos internos, y manuales de organización administrativa.⁵⁷

52. Los autores de la reforma administrativa federal, no obstante los adelantos obtenidos y los profusos estudios realizados sobre este tema, han omitido este aspecto verdaderamente fundamental de la estructura normativa de la administración pública, que radica en la uniformidad, hasta donde ello es posible, del procedimiento administrativo, pues como lo señala el tratadista alemán Klaus Obermayer, al analizar la ley federal alemana mencionada anteriormente, la codificación del derecho sobre procedimiento administrativo significa, por una parte, la concretización del derecho constitucional, particularmente por lo que se refiere al reforzamiento del principio del Estado de Derecho en una nítida normativa de carácter positivo, y para el gobernado constituye una vigorización de su situación jurídica, que en nuestro país se encuentra tan escasamente tutelada.⁵⁸

⁵⁴ El Título Tercero del citado Código regula el *procedimiento administrativo*, y comprende, Capítulo I, Atribuciones de las autoridades; Capítulo II, De los derechos y obligaciones de los sujetos; Capítulo III, Del trámite administrativo; Capítulo IV, Del procedimiento administrativo de ejecución; Capítulo V, De los recursos administrativos; y Capítulo VI, De los procedimientos relacionados con la extinción de los créditos fiscales (artículos 80-168).

⁵⁵ Sumario al anterior Código Administrativo de 9 de enero de 1960

⁵⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de los recursos administrativos*, cit., *supra* nota 40, pp. 60-62.

⁵⁷ Cfr. Moreno Rodríguez, Rodrigo, *La administración pública en México*, México, 1980, pp. 164-179.

⁵⁸ Cfr. Obermayer, Klaus, *La legge sul procedimento amministrativo*, cit. *supra* nota 50, pp. 216-218. Linares, Juan Francisco, *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, Buenos Aires, 1974, pp. 16-17.

10. Principios del procedimiento administrativo

Allan R. Brewer-Carias

PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina, como manifestación del afianzamiento del principio de la legalidad, ha sido elaborada teniendo en cuenta, básicamente, la debida protección de los administrados, en el sentido de que si bien las leyes han prescrito normas y fases procedimentales que deben guiar la actuación de la Administración, ello se ha hecho con miras a establecer garantías jurídicas de los administrados frente a la Administración.

Estas regulaciones han estado condicionadas por una serie de principios, a los cuales queremos referirnos y que inciden en el comienzo del procedimiento; en su instrucción y sustanciación y en la decisión del mismo.

Analizaremos separadamente esos principios.

I. Principios relativos a la iniciativa y comienzo del procedimiento

1. EL DERECHO DE PETICIÓN

Conforme a la más clásica tradición en materia de declaración de derechos, la Constitución de Venezuela establece como uno de los derechos individuales, el derecho de petición, al prescribir en su artículo 67 lo siguiente:

«Todos tienen el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos y a obtener oportuna respuesta.»

Un principio similar está prescrito en casi todas las Constituciones modernas, partiendo del principio establecido en la

Enmienda núm. 1 a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1789.

El procedimiento administrativo legalmente regulado, en consecuencia, tiene por objeto, ante todo, garantizar tanto el derecho de peticionar ante la Administración Pública, como el de obtener de las autoridades administrativas la oportuna respuesta a dichas peticiones. Por ello, incluso la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela reitera la declaración constitucional, precisando el derecho de petición administrativo, así:

«Artículo 2. Toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa. Estos deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieran para no hacerlo.»

Este principio lo recogen expresamente las leyes de Procedimiento Administrativo (art. 70.1) y de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (art. 39) de España, y el Código Contencioso Administrativo de Colombia (arts. 5 a 24).

Por supuesto, la regulación del derecho de petición en las leyes de procedimiento administrativo trae variadas consecuencias formales.

En primer lugar, tratándose de peticiones administrativas, las leyes de procedimiento administrativo distinguen las simples peticiones de información o consulta, de las peticiones tendentes, por ejemplo, a lograr una decisión que cree o declare un derecho. En este último caso, las leyes exigen una legitimación concreta para poder introducir peticiones, que corresponde a los «interesados»¹, es decir, a quienes tengan un interés personal, legítimo y directo en el asunto².

En segundo lugar, al regularse el derecho de petición, las leyes prescriben la forma de las peticiones en cuanto a los elementos formales que deben contener, referidos a la identi-

cación del peticionante o solicitante, la precisión del objeto de la solicitud y los fundamentos o motivos de la petición³.

En tercer lugar, tratándose de peticiones o solicitudes de los interesados, las leyes de procedimiento administrativo generalmente establecen regulaciones relativas a la recepción y registro de documentos⁴, a los efectos de dejar constancia auténtica, entre otros aspectos, de la fecha de las peticiones. Esto tiene importancia procesal, por la obligación que las leyes imponen a los funcionarios de respetar el orden riguroso de presentación de las peticiones, al momento de decidir sobre las mismas y evitar así favoritismos⁵.

En cuarto lugar, las leyes de procedimientos administrativos, al regular las peticiones como derecho de los administrados, también establecen el derecho de éstos de desistir de sus peticiones o de renunciar a su derecho⁶. En el mismo orden de ideas, las leyes regulan la extinción del procedimiento por perención, cuando éste se paraliza por un lapso de tiempo (2 meses en la Ley venezolana, por ejemplo) por causas imputables al interesado, contado a partir de la notificación que le haga la Administración⁷. Sin embargo, prescriben las leyes que, no obstante el desistimiento o perención, la Administración puede continuar la tramitación de procedimientos, si razones de interés público lo justifican⁸.

En quinto lugar, tratándose de un derecho de petición con garantía de oportuna respuesta, las leyes de procedimiento administrativo reafirman la obligación de la Administración y de sus funcionarios de resolver, rápida y oportunamente, las peticiones⁹, prescribiendo además plazos para las decisiones. Así, por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos

³ Vid. art. 285 LGAP Costa Rica; art. 49 LOPA Venezuela; art. 5.º CCA Colombia; art. 69.1 LPA España.

⁴ Arts. 65-66 LPA España; arts. 44-46 LOPA Venezuela.

⁵ Art. 74.2 LPA España; art. 296 LGAP Costa Rica.

⁶ Art. 96.1 LPA España; art. 63 LOPA Venezuela.

⁷ Art. 64 LOPA Venezuela; art. 99 LPA España.

⁸ Art. 98.1 LPA España; art. 66 LOPA Venezuela; art. 8.º CCA Colombia.

⁹ Art. 31.º CCA Colombia.

¹ Vid. art. 67 LPA; art. 48 LOPA Venezuela; art. 284 LGAP Costa Rica.

² Vid. art. 22 LOPA Venezuela.

de Venezuela establece los lapsos según los tipos de procedimiento: Si se trata de procedimientos simples, que no requieren sustanciación, la Administración está obligada a decidir las peticiones en un lapso de 20 días; en cambio, si el procedimiento requiere sustanciación, la Ley establece un lapso de 4 meses para la decisión, con posibilidad de prórroga de 2 meses.¹⁰

Por último, en sexto lugar, la consecuencia de la regulación del derecho de petición y del derecho de obtener oportuna respuesta es la declaración formal en las leyes de procedimiento de la responsabilidad de los funcionarios públicos por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de cualquier procedimiento.¹¹

2. LA INICIACIÓN DE OFICIO

Pero, por supuesto, no todos los procedimientos administrativos se inician a instancia de los interesados, con base en el ejercicio del derecho de petición, sino que también es frecuente el inicio de los procedimientos, de oficio, por iniciativa de la propia Administración. De allí que en general, todas las leyes de procedimientos administrativos establecen que «El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a instancia de parte interesada»¹².

En el supuesto de la iniciación de oficio de los procedimientos, por ejemplo, la Ley española de Procedimiento Administrativo exige una decisión formal del órgano competente, sea por propia iniciativa, sea como consecuencia de orden de un órgano superior, e incluso, por requerimiento de los subordinados o por denuncia (art. 68).

3. LA INICIATIVA DEL COMIENZO DEL PROCEDIMIENTO Y LA TIPOLOGÍA DE LOS PROCEDIMIENTOS

En todo caso, la iniciativa del comienzo del procedimiento y la determinación de si requiere el ejercicio de un derecho de petición o de si puede iniciarse de oficio, depende de los tipos de procedimientos. Generalmente, las leyes de procedimiento no establecen una tipología de los procedimientos de acuerdo con los efectos del acto administrativo que resulte de su desarrollo; sin embargo, de ella dependerá la precisión de cuándo puede o debe iniciarse el procedimiento a petición de parte interesada y cuándo puede o debe iniciarse de oficio.

En efecto, conforme a la tipología difundida por Massimo SEVERO GIANNINI¹³ de acuerdo a la naturaleza de los efectos de los actos administrativos que resultan de los procedimientos administrativos, pueden distinguirse cuatro tipos de procedimientos: los declarativos, los «ablatorios», los concesorios y los autorizatorios.

Los procedimientos declarativos son los que tienen por resultado actos que otorgan certeza de hechos jurídicos relevantes, y consisten en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. En este sentido, puede decirse que todos los procedimientos que concluyen en actos de registro, por ejemplo, de la propiedad, de patentes o marcas, de vehículos o aeronaves, etc., son procedimientos declarativos. Asimismo, los procedimientos para establecer la identificación de las personas. Estos procedimientos declarativos, en general, requieren para su inicio, instancia de parte interesada, y sólo en casos excepcionales, donde esté interesado el orden público, podrían iniciarse de oficio, como en materia de identificación de las personas.

En segundo lugar, están los procedimientos «ablatorios», denominados así en la doctrina italiana por el uso del vocablo latino «*ablatio*», que denota la acción de quitar, cortar.

¹⁰ Arts. 3.º, 5.º y 60 LOPA Venezuela.

¹¹ Arts. 3.º, 100 y 101 LOPA Venezuela.

¹² Art. 67 LPA España; art. 48 LOPA Venezuela; art. 284 LGAP Costa Rica.

¹³ M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, pp. 285 ss.; *vid.*, los comentarios de Hildegard RONDÓN DE SANSÓ, *El Procedimiento Administrativo*, Caracas, 1983, pp. 61 ss.

eliminar. Estos procedimientos tienen por objeto eliminar o restringir los derechos individuales, por lo que generalmente, se inician de oficio por la Administración. Ejemplos de estos procedimientos son los procedimientos expropiatorios, de requisición o sancionatorios que afecten una cosa (decomiso) o el patrimonio de una persona (multa).

En tercer lugar, están los procedimientos concesorios, los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica subjetiva de los administrados. El otorgamiento de concesiones tradicionalmente se ubica en estos procedimientos concesorios; sin embargo, cada vez más importantes son otros procedimientos, como los relativos a la obtención de subvenciones, o los procedimientos que atribuyen una calificación jurídica a las personas, como la concesión de la nacionalidad. Estos procedimientos concesorios, por supuesto, requieren siempre la instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

Por último, en cuarto lugar deben mencionarse los procedimientos autorizatorios, que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Son los más comunes en las relaciones entre la Administración y los particulares, y dan origen a autorizaciones, permisos y licencias para que los particulares puedan ejercer derechos o realizar actividades. Estos procedimientos, en general, requieren instancia de parte y no pueden iniciarse de oficio.

II. Principios relativos al «iter» procedimental

Ahora bien, el procedimiento administrativo, en general, está regulado en las leyes de procedimiento administrativo de manera tal que se pueden distinguir tres etapas claras en el mismo: en primer lugar, su comienzo; en segundo lugar, el *iter* procedimental que abarca fundamentalmente las formalidades de instrucción; y en tercer lugar, las formalidades relativas a la decisión.

En cuanto al *iter* procedimental, en él pueden identificar-

se varios principios que lo regulan. Ante todo, el informalismo de las formalidades, de manera que el procedimiento no se convierta en un atentado contra los derechos de los administrados. Además, los principios relativos a la celeridad y economía procesal; al carácter inquisitorio de la instrucción; al carácter contradictorio del procedimiento; a la imparcialidad que debe guiarlo y a la publicidad de la acción administrativa.

1. EL INFORMALISMO DE LAS FORMALIDADES

El procedimiento administrativo, hemos dicho, se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo. Por ello, en definitiva, el procedimiento administrativo se identifica con el conjunto de formalidades establecidas para guiar la acción de la Administración con miras a la obtención de ese resultado y como garantía de los administrados contra las arbitrariedades de los funcionarios.

Sin embargo, es evidente, como lo ha observado Guy ISAAC, que si el procedimiento administrativo «se devait transformer en un formalisme pointilleux et étroit conduisant à une Administration tatillonne, la procédure administrative se retournerait en définitive contre les citoyens, au lieu de constituer, à leur profit, une garantie»¹⁴. De allí el principio del carácter no formalista del procedimiento administrativo o del informalismo de las formalidades en relación a los administrados.

En este sentido, la Ley argentina de Procedimiento Administrativo prescribe que las normas de procedimiento que establece deben ajustarse al requisito del «informalismo», en el sentido de que debe «excusarse la inobservancia por los in-

¹⁴ G. ISAAC, *La Procédure Administrative non contentieuse*, París, 1968, p. 287.

interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente» (art. 1.c).

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece:

«En el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administrado, siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente» (art. 23).

Por ello, además, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que las normas del procedimiento administrativo «deberán interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones de los administrados». Es en definitiva, el principio *in dubio pro actione* o de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. En materia de procedimiento administrativo, el principio se traduce en que el formalismo debe ser interpretado en favor del administrado, precisando, la legislación argentina, sin embargo, que «el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas» (art. 224).

En aplicación de este principio, las leyes de procedimiento administrativo, por ejemplo, establecen el deber de los funcionarios administrativos que reciban las peticiones, de advertir a los interesados de las omisiones y de las irregularidades que observen en las mismas, pero sin que puedan negarse a recibirlas ¹⁵.

Además, si después de presentada la petición, la Administración observare que en la solicitud o escrito faltan cualesquiera de los requisitos exigidos en las leyes, el funcionario está obligado a notificar al interesado comunicándole las omisiones o faltas observadas a fin de que en un plazo determinado (10 días generalmente) proceda a subsanarlos. Incluso se prevé, en estos casos, que si la Administración objeta

las correcciones, el interesado puede interponer un recurso jerárquico contra la decisión ¹⁶.

2. LOS PRINCIPIOS DE LA CELERIDAD, ECONOMÍA Y EFICACIA

Además de la informalidad de las formalidades que como principio se establece en beneficio de los derechos de los administrados, las leyes de procedimiento administrativo, en general, también han previsto como principios que han de guiar el *iter procedimental*, los de la economía, celeridad y eficacia.

La Ley argentina de Procedimiento Administrativo, en este sentido, prescribe como principio general para la aplicación de las normas de procedimiento la «celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites» (art. 1.b); al igual que la Ley venezolana (art. 30); la Ley de Costa Rica (art. 225) y la ley española (art. 29). El Código Contencioso administrativo de Colombia, sin embargo, va más lejos y define estos «principios orientadores» en la siguiente forma (art. 2):

«En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimientos se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervengan en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa

En virtud del principio de celeridad las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.»

¹⁵ Art. 45 LOPA Venezuela; art. 11 CCA Colombia.

¹⁶ Art. 50 LOPA Venezuela; art. 71 LPA España; art. 12 CCA Colombia; art. 287 LGAP Costa Rica

De estos principios deriva otro principio fundamental del procedimiento administrativo, que es el carácter inquisitivo de la instrucción.

3 EL PRINCIPIO INQUISITIVO

En efecto, el procedimiento administrativo, ante todo, es un asunto de la Administración, razón por la cual, el principio fundamental que lo rige, de acuerdo a lo que declara la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, es la «impulsión e instrucción de oficio, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones» (art. 1.a).

Por tanto, el procedimiento administrativo, en principio, se debe «impulsar de oficio en todos sus trámites»¹⁷, estando por tanto la Administración obligada a adelantar la tramitación. Por ello, la Ley española de Procedimiento Administrativo establece que, los funcionarios respectivos son responsables de adoptar las medidas oportunas para que el procedimiento no sufra retraso, con la obligación de proponer lo conveniente para eliminar toda anormalidad en la tramitación de expedientes y en el despacho con el público (art. 76).

El derivado fundamental del principio inquisitivo, es que la Administración está obligada a probar los hechos, correspondiéndole la carga de la prueba. Por ello, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica prescribe expresamente que:

«En el procedimiento administrativo se deberán verificar los hechos que sirven de motivo al acto final en la forma más fiel y completa posible para lo cual el órgano que lo dirige deberá adoptar todas las medidas probatorias pertinentes o necesarias, aún si no han sido propuestas por las partes, y aún en contra de la voluntad de estas últimas» (art. 221).

La consecuencia de esta obligación de impulsar el procedimiento y de la declaración expresa de la responsabilidad de

los funcionarios por el retardo, omisión, distorsión o incumplimiento de los trámites y formalidades¹⁸, es el derecho a favor de los administrados, de poder formular un recurso de queja contra el funcionario responsable por ante el superior jerárquico, a los efectos de la aplicación de sanciones. Por supuesto, la interposición del recurso de queja no paraliza el procedimiento ni obstaculiza la posibilidad de que las fallas sean subsanadas¹⁹.

4 EL PRINCIPIO CONTRADICTORIO Y LA NOCIÓN DE PARTE

Un cuarto principio general del procedimiento administrativo, es el principio de la contradicción que implica la necesidad de la confrontación de criterios entre la Administración y los administrados e incluso, en muchos casos, entre varios administrados, antes de que la Administración decida.

Como lo declara expresamente el Código colombiano de Contencioso-Administrativo:

«En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir las decisiones por los medios legales» (art. 3).

Es cierto, como hemos señalado, que en principio, el procedimiento administrativo es un asunto de la propia Administración para la emisión de sus actos administrativos. Sin embargo, en virtud de que no siempre los intereses de la Administración y de los administrados son coincidentes y con frecuencia, incluso, los intereses de los administrados, entre sí, ante la Administración, son contrapuestos, las garantías jurídicas de aquellos ante ésta, exigen su participación efectiva en el procedimiento, para que expongan sus puntos de vista. Además, cuando sus derechos o intereses puedan resultar afectados por el acto administrativo, la contradicción es la ga-

¹⁸ Art. 3.º LOPA Venezuela.

¹⁹ Art. 77.1 LPA España; art. 3.º LOPA Venezuela.

rantía, en última instancia, para que ejerzan su derecho a la defensa.

Ahora bien, la consecuencia fundamental del principio contradictorio en materia de procedimiento administrativo es que en el mismo también existe la noción de parte. Así en la relación Administración-administrado o administrados, ambos extremos son parte en el procedimiento, considerándose parte también, todos los otros administrados que puedan resultar afectados por el acto administrativo.

Como lo establece la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica:

«Podrá ser parte en el procedimiento administrativo, además de la Administración, todo el que tenga interés legítimo o un derecho subjetivo que pueda resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho, en virtud del acto final. El interés de la parte ha de ser actual, propio y legítimo y podrá ser moral, científico, religioso, económico o de cualquier otra índole» (art. 275).

La noción de parte, por tanto, referida a los administrados se asimila a la de interesados (art. 22 LOPA Venezuela), y éstos, en definitiva, como lo precisa la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 23), son los siguientes:

En primer lugar, quienes promuevan el procedimiento como titulares de derechos o intereses legítimos; en segundo lugar, los que sin haber iniciado el procedimiento ostenten derechos que puedan resultar directamente afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y en tercer lugar, aquellos cuyos intereses legítimos, personales y directos puedan resultar afectados por el acto administrativo y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.²⁰

En las leyes de procedimiento administrativo de España y América Latina, la figura del interesado, como parte, es objeto de regulaciones precisas, particularmente en cuanto a la capacidad y representación. En relación a la capacidad, las leyes remiten en general a lo establecido en la legislación ci-

vil²¹, salvo disposición legal en contrario, es decir, salvo que por Ley especial se establezcan en una determinada relación jurídico-administrativa, causas condicionadoras de la capacidad jurídica, por ejemplo, en base a la nacionalidad, la residencia, el sexo, la edad, e incluso, la condición social.

Respecto de la representación, en algunos casos, las leyes de procedimiento administrativo remiten a los requisitos del derecho común²²; en otros, establecen principios menos formalistas que los establecidos en materia civil o procesal civil. En Venezuela, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos permite que en todos los casos en que no se requiera la comparecencia personal del interesado, los administrados se pueden hacer representar mediante simple designación en la petición o recurso ante la Administración, sin perjuicio de que tal representación se pueda acreditar también mediante documento autenticado (arts. 25 y 26). En otros casos, como en la Ley española de Procedimiento Administrativo, el documento autenticado es requisito indispensable para formular reclamaciones, desistir de instancias y renunciar a derechos en nombre de otra persona (art. 24).

Por último, en relación a la noción de parte en el procedimiento administrativo, en algunas leyes, como la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, se regula la figura del coadyuvante administrativo, referida a aquellos que sólo están indirectamente interesados en el acto final o en su denegación o reforma, aunque su interés sea derivado, o no actual, en relación con el que es propio de la parte a la cual coadyuva (art. 226). En estos casos, el coadyuvante lo puede ser tanto del promotor del expediente como de la Administración o de la contraparte (art. 227), y no podrá pedir nada para sí ni podrá cambiar la pretensión a la que coadyuva. Puede, sin embargo, hacer todas las alegaciones de hecho y de derecho, y usar todos los recursos y medios procedimen-

²⁰ Art. 22 LPA España; art. 282 LGAP Costa Rica; art. 24 LOPA Venezuela.

²¹ Por ejemplo, art. 282 LGAP Costa Rica.

²² En igual sentido art. 23 LOPA Venezuela.

tales para hacer valer su interés excepto en lo que perjudique al coadyuvado (art. 278).

5. EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD Y EL SECRETO ADMINISTRATIVO

Uno de los grandes retos del Estado de derecho en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. La sustitución, sin embargo, puede decirse que aún no se ha logrado en la práctica, y en muchos países continúa vigente el principio del secreto discrecional, conforme al cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información, mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa. En esta forma, el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre no sólo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios. Por ello, secreto y Administración ineficiente constituyen un binomio históricamente inseparable.

El problema del secreto administrativo, en todo caso, se ha venido enfrentando con carácter general, mediante leyes destinadas a asegurar el derecho de todos a la información, y el acceso público a los documentos oficiales. Es el caso de la Ley núm. 78-753 del 17 de julio de 1978 dictada en Francia inspirada en la Ley sobre la Libertad de Información de los Estados Unidos de 1966²⁵, la cual a pesar de no significar el

fin del secreto, como lo observa Guy BRAIBANT, puede considerarse como el comienzo del fin²⁶.

Con excepción de Colombia, donde se ha dictado una importante Ley 57 de 5-7-85 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales²⁷, en general, en los otros países latinoamericanos no se han dictado Leyes de este tipo. Aún en los regímenes democráticos, la práctica continúa siendo el secreto o la reserva²⁸, quedando además en manos de la Administración el calificar de reservado determinados archivos. En materia específica del procedimiento administrativo, sin embargo, comienza a regularse el principio expreso de la publicidad del procedimiento, específicamente para las partes o interesados, lo que es un gran avance.

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, así, establece el principio general de que los interesados y sus representantes, tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento el expediente correspondiente, y de leer y copiar cualquier documento contenido en el mismo, así como de pedir certificación de cualquier documento (art. 59)²⁹.

Se establece, sin embargo, la excepción, en el sentido de que se exceptúan de este derecho de acceso, los documentos que sean calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales deben entonces ser archivados en cueros separados del expediente.

En sentido similar, pero en forma más amplia, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece que:

«No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conoci-

²⁵ Guy BRAIBANT, «Droit d'accès et droit à l'information», *Service Public et Libertés*, Mélanges offerts au Professeur Robert-Edouard Charlier, Paris, 1981, p. 709.

²⁶ La cual, además, garantiza el acceso ciudadano a los documentos (arts. 12 y sigs.), pero sin dejar de establecer el principio de la reserva de documentos (art. 21).

²⁷ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 116.

²⁸ En igual sentido art. 272 LGAP Costa Rica; art. 62 LPA España.

²⁹ Vid. Donald C. ROWAT, «Las nuevas y proyectadas leyes sobre el acceso público a los documentos oficiales», *Revista de Derecho Público*, mayo 9, Caracas, 1982, p. 73.

miento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte, o en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente»²⁸.

Sin embargo, frente a estas normas reguladoras de áreas secretas o reservadas de los expedientes administrativos, tanto la Ley costarricense como la Ley venezolana, exigen que la calificación como confidencial se haga mediante acto motivado, con lo cual el tradicional poder discrecional en la materia, queda limitado. Además, el acto que se dicte puede ser objeto de recursos administrativos o contencioso administrativos²⁹.

6. EL PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD

Por último, dentro de los principios generales que rigen el procedimiento administrativo está el principio de la imparcialidad, derivado del principio de igualdad y no discriminación de los administrados, conforme al cual, la Administración, en el curso del procedimiento y al decidirlo, no debe tomar partido, inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que lo motiva.

A los efectos de garantizar la imparcialidad de la Administración, y conforme a la orientación de los principios que rigen la materia en el procedimiento judicial³⁰, las leyes de

procedimiento administrativo han establecido, por una parte, el deber general de los funcionarios cuya imparcialidad podría quedar comprometida, de abstenerse de intervenir en el procedimiento; y por la otra, en algunos casos, el derecho de los interesados de recusar a los funcionarios en caso de estar incursos en supuestos de parcialidad.

Así, por ejemplo, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela (art. 36), siguiendo los principios de la Ley española de Procedimiento Administrativo (art. 20), establece la obligación de los funcionarios públicos de inhibirse o abstenerse del conocimiento del asunto cuya competencia les esté legalmente atribuida, en los siguientes casos:

1. Cuando personalmente o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieren interés en el procedimiento. Es la aplicación concreta, en materia administrativa, del principio *nemo iudex in causa sua* conforme al cual el funcionario público no debe intervenir en procedimientos en los cuales tenga interés. La Ley española agrega, en este supuesto de inhibición, cuando el funcionario sea administrador de sociedad o entidad interesada (art. 20.2.a); o tenga parentesco con cualquiera de los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento (art. 20.2.b).

2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento. En este contexto, el Código Contencioso Administrativo de Colombia agrega como causal en este supuesto, al haber hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado (art. 30.1).

3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar sobre la resolución del asunto, o tratándose de un recurso administrativo, que hu-

²⁸ Art. 273.1. Es de destacar que la Ley costarricense presume que tienen la condición de reservados, salvo prueba en contrario, «los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos» (art. 273.2).

²⁹ Art. 274 LGAP Costa Rica; art. 59 LOPA Venezuela. En igual sentido, la Ley 57 de 1985 de Colombia (art. 21).

³⁰ Por ejemplo, el art. 6.º LPA Argentina, el art. 30 CCA Colombia, y el art. 230 LGAP Costa Rica remiten en la materia, a las regulaciones de los Códigos de Procedimiento Civil o del Poder Judicial.

bieran resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna.

4. Cuando tuvieran relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto. En este campo, el Código Contencioso Administrativo de Colombia agrega el supuesto de que el funcionario haya sido recomendado por el interesado para llegar al cargo que ocupa o cuando lo haya designado como referencia con el mismo fin (art. 30.2).

La inhibición, en estos casos, debe plantearse por el funcionario respectivo ante el superior jerárquico o puede éste formularla de oficio ³¹, y si la inhibición procediere, el superior jerárquico debe indicar el funcionario que ha de conocer el asunto ³².

Las leyes de procedimiento varían en cuanto a regular los efectos de la actuación del funcionario incurso en una causal de inhibición: la Ley General de Administración Pública de Costa Rica establece el principio de la invalidez (art. 237.3.b); en cambio, la Ley española prescribe que la actuación de los funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos que hayan intervenido (art. 20.3). Sin embargo, la no abstención en los casos en que proceda, da lugar a responsabilidad del funcionario ³³.

Las legislaciones de procedimiento administrativo, además de la abstención o inhibición, como deber del funcionario, consagran el derecho de los interesados de recusar a los funcionarios que estén incursos en algunas de las causales señaladas, estableciendo un procedimiento sumario que ha de ser resuelto por el superior jerárquico ³⁴. En algunos casos, sin embargo, no se regula formalmente procedimiento para la re-

cusación como un derecho de los interesados, sino un derecho de instar al superior jerárquico en la entidad donde curse un asunto, para que ordene a los funcionarios incursos en los supuestos de inhibición, se abstengan de toda intervención en el procedimiento ³⁵.

III. Principios relativos a la decisión

El objetivo final de todo procedimiento administrativo es la producción de un acto administrativo, es decir, la adopción de una decisión por parte de la Administración. A tal efecto, iniciado un procedimiento administrativo, particularmente a instancia de parte o cuando en él tengan interés los administrados, la Administración está obligada a decidir, en otras palabras, la Administración no es libre de decidir. Esta obligación, por lo demás, es la contrapartida del derecho de petición que conlleva el derecho a obtener oportuna respuesta.

Esta obligación de decidir y los efectos del silencio administrativo los estudiaremos en primer lugar, reservando para analizar, en segundo lugar, otros principios relativos a las decisiones, en particular, el contenido de las mismas en relación a los asuntos planteados en el curso del procedimiento.

1. LA OBLIGACIÓN DE DECIDIR Y LOS EFECTOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO

Como hemos señalado, sea o no producto del ejercicio de un derecho de petición, iniciado un procedimiento administrativo la Administración está obligada a desarrollarlo de oficio y, en definitiva, a adoptar la decisión correspondiente. Por supuesto, si se trata de un procedimiento iniciado mediante el ejercicio del derecho de petición, éste, por ejemplo en la Constitución de Venezuela, conlleva también el derecho a obtener la oportuna respuesta (art. 67). Por eso la Ley Orgáni-

³¹ Art. 20.4 LPA España; art. 39 LOPA Venezuela; art. 30 CCA Colombia.

³² Art. 6.º LPA Argentina; art. 37 y 38 LOPA Venezuela; art. 231 LGAP Costa Rica.

³³ Art. 20.5 LPA España; art. 237.1 LGAP Costa Rica.

³⁴ Art. 21 LPA España; art. 6.º LPA Argentina; art. 236 LGAP Costa Rica.

³⁵ Art. 39 LOPA Venezuela.

ca de Procedimientos Administrativos, exige de las autoridades administrativas el que «deberán resolver las instancias o peticiones que se les dirijan o bien declarar, en su caso, los motivos que tuvieran para no hacerlo» (art. 2) ³⁶.

En definitiva, por tanto, la Administración está obligada a decidir los procedimientos administrativos en que tengan interés los administrados, y ello debe hacerlo, en los lapsos establecidos en las leyes.

Sin embargo, es bien conocida la actitud tradicional de la Administración, en muchos casos, de simplemente no decidir determinados asuntos, lo que exigió del legislador, en regulaciones aisladas, por ejemplo en Francia, el establecer un efecto generalmente negativo o de rechazo al silencio de la Administración en un lapso de cuatro meses, configurándose una decisión implícita susceptible de recurso ante el Consejo de Estado ³⁷. Este principio legislativo llevó a la jurisprudencia constitucional a identificar un principio general del derecho con el objeto de garantizar la situación de los administrados frente a esa inacción administrativa. De allí el principio de que el silencio de la Administración, cuando ésta tiene legalmente prescrito un lapso para decidir, sea considerado como equivalente a una decisión implícita de rechazo, a los efectos de permitir al administrado acudir a la vía contencioso-administrativa. Así lo decidió el Consejo Constitucional en decisión del 16 de junio de 1969, al considerar que este «principio general del derecho» derivado de la regla según la cual *qui ne dit not refuse*, sólo podía ser derogado por una decisión legislativa, en el sentido de que en una disposición reglamentaria no podían establecerse supuestos de decisiones implícitas de otorgamiento ³⁸. Este principio, sin embargo, no ha sido aceptado en esta forma por el Consejo de Estado, el cual ha reconocido la validez de actos reglamentarios que pre-

vén el otorgamiento tácito de un permiso de construir en caso de silencio de la Administración (CE Ass. 27 févr 1970, *Commune de Bosas*) ³⁹.

Ahora bien, uno de los aspectos de mayor interés en la codificación del procedimiento administrativo en España y América Latina ha sido, precisamente, el establecimiento de reglas generales tendentes a garantizar la situación de los administrados frente al silencio de la Administración, entre las cuales están tanto el principio del silencio negativo como del silencio positivo, y la posibilidad de acudir a la vía contencioso administrativa contra la carencia de la Administración.

A) La garantía del silencio negativo

El principio de los efectos negativos del silencio administrativo puede decirse que es el más generalizado y establecido en casi todas las legislaciones sobre procedimiento administrativo de Hispanoamérica. Un ejemplo de su formulación más general está en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, que prescribe que:

«En los casos en que un órgano de la Administración Pública no resuelve un asunto o recurso dentro de los correspondientes lapsos, se considerará que ha resuelto negativamente y el interesado podrá intentar el recurso inmediato siguiente, salvo disposición expresa en contrario. Esta disposición no releva a los órganos administrativos, ni a sus funcionarios, de las responsabilidades que le sean imputables por la omisión o la demora.»

Se trata, por tanto, de la consagración general de un valor negativo al transcurso del tiempo sin que haya decisión de la Administración, presumiéndose que al vencimiento del lapso legalmente prescrito para decidir, se ha producido una de-

³⁶ En igual sentido art. 70 LPA España; arts. 98 y 99 D 640 Uruguay.

³⁷ Pierre DELVOLLE, *L'acte administratif*, París, 1983, p. 172.

³⁸ Vid. en Louis FAVOREU y Loïc PHILIP, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, París, 1984, p. 213. Vid. la referencia en R. HOSTOU, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit Français*, París, 1975, p. 124.

³⁹ Cfr. par L. FAVOREU et L. PHILIP, *op. cit.*, p. 215 et P. DELVOLLE, *op. cit.*, p. 394.

cisión tácita denegatoria de lo solicitado o del recurso interpuesto.

De esta norma pueden distinguirse tres supuestos diferentes de casos de silencio tácito denegatorio.

En primer lugar, el silencio respecto de la decisión de solicitudes o peticiones que, conforme al Código Contencioso Administrativo de Colombia, «transcurrido el plazo de dos meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa» (art. 40). En la Legislación española, al principio antes indicado se agrega la necesidad de que el interesado ponga en mora a la Administración y sólo después de tres meses de denunciada la mora es que «podrá considerar desestimada su petición, al efecto de deducir, frente a esta denegación presunta, el correspondiente recurso administrativo o jurisdiccional, según proceda, o esperar la resolución expresa de su petición» (art. 94.1). El mismo principio de la puesta en mora a la Administración, como condición para que surja decisión presunta derivada del silencio de la Administración, se establece en la legislación argentina (art. 10).

En segundo lugar, el silencio tácito denegatorio también se produce por el transcurso del tiempo en los procedimientos que se inician de oficio y que por tanto, no resultan del ejercicio del derecho de petición. El transcurso del tiempo permitiría el ejercicio del recurso respectivo siempre que, por supuesto, el acto tácito negativo lesione intereses personales, legítimos y directos. Por ejemplo, si un inmueble amenaza ruina y la Administración no resuelve el procedimiento iniciado de oficio para ordenar o no su demolición, los vecinos interesados podrían intentar los recursos respectivos ⁴⁰.

El tercer supuesto en el cual se produce el silencio tácito denegatorio, es en materia de ejercicio de recursos administrativos, en el sentido de que si no son resueltos por la Administración en los lapsos prescritos, se presume que la Administración los ha declarado sin lugar, procediendo, enton-

ces, la posibilidad de ejercer, según los casos, el recurso administrativo subsiguiente o el recurso contencioso-administrativo.

En esta materia, el Código Contencioso Administrativo de Colombia precisa que la ocurrencia del silencio administrativo negativo «implica la pérdida de la competencia de la Administración para resolver los recursos» (art. 60); regla que no es necesariamente general en América Latina. En otros países, a pesar de haberse producido el acto derogatorio por silencio, e incluso, de haberse recurrido contra el acto tácito derivado del silencio, la Administración no pierde poder para decidir, como sucede en Venezuela ⁴¹.

En todo caso, y salvo el caso de Colombia, lo importante de las regulaciones legislativas relativas al silencio negativo, es que el principio de la decisión tácita se establece en beneficio exclusivo de los administrados, como garantía a sus derechos de protección, por lo cual, el recurrir contra el acto tácito no es una carga impuesta a los interesados, los cuales en todo caso pueden esperar la decisión expresa.

Por otra parte, se destaca también que la regulación de esta garantía no exime al funcionario de su obligación de decidir, quedando comprometida su responsabilidad por la demora en que incurra. Así lo regulan expresamente las legislaciones ⁴² y en particular lo expresa con toda claridad la Ley española de Procedimiento Administrativo, al señalar que «la denegación presunta no excluirá el deber de la Administración de dictar una resolución expresa»; agregando que «Contra el incumplimiento de este deber podrá deducirse reclamación de queja, que servirá de recordatorio previo de responsabilidad personal, si hubiere lugar a ella, de la autoridad o funcionario negligente» (art. 94.3).

⁴⁰ Vid. en Allan R. BREWER-CARÍAS, *El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, p. 230.

⁴¹ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Estado de Derecho y Control Judicial*, Madrid, 1985, p. 321.

⁴² Art. 4.º LOPA Venezuela; art. 239 LGAP Costa Rica.

B) *La garantía del silencio positivo*

El principio general en materia de consagración del silencio administrativo con efectos positivos, y salvo el caso de la Legislación de Costa Rica, es que debe ser establecido por ley especial, en cada caso. Así lo establece expresamente el Código Contencioso-Administrativo de Colombia (art. 41), y las Leyes de Procedimiento Administrativo de España (art. 95) y Argentina (art. 10). En otros países, como Venezuela, aún sin previsión en la Ley de Procedimientos Administrativos, en leyes especiales como la relativa a la ordenación del territorio y a la ordenación urbanística, se regula la figura del silencio positivo en materia de autorizaciones, aprobaciones y permisos⁴³.

En contraste con el régimen del silencio positivo establecido sólo en leyes especiales, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, en forma excepcional en el derecho comparado, ha consagrado con carácter general la figura del silencio administrativo positivo en los casos de procedimientos autorizatorios. El artículo 330 de dicha Ley, en efecto, establece que:

«1. El silencio de la Administración se entenderá positivo cuando así se establezca expresamente o cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de fiscalización y tutela.

2. También se entenderá positivo el silencio cuando se trate de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones.»

En la norma se establecen, en realidad, dos supuestos de silencio administrativo positivo: en primer lugar, en las relaciones interorgánicas, internas de la Administración, cuando se trate de autorizaciones o aprobaciones que, como lo dice la legislación española (art. 95), con motivo del ejercicio de

funciones de fiscalización y tutela, pongan en relación los órganos superiores con los inferiores dentro de una misma estructura jerárquica o en relación de descentralización funcional. A pesar de que la Ley de Costa Rica no lo precise como lo hace la ley española, entendemos que la figura del silencio positivo no puede darse, por ejemplo, respecto de las funciones de fiscalización y control que órganos constitucionales, como la Contraloría General de la República, realizan respecto de los órganos de la Administración Central o descentralizada.

El segundo supuesto del silencio administrativo positivo consagrado en forma general, se refiere a los casos de solicitudes de permisos, licencias y autorizaciones, es decir, en los procedimientos autorizatorios, que es precisamente donde las leyes especiales en otros países generalmente los regulan.

No regula, sin embargo, la Ley de Costa Rica, la forma práctica de eficacia del acto tácito positivo, lo cual sin embargo sí se precisa en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, al prescribir que «la persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 5.º (petición), junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto». En esta forma, la escritura y sus copias producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así (art. 42).

En todo caso, tratándose de un acto administrativo tácito declarativo de derechos a favor de los interesados, el acto administrativo producto del silencio positivo es un acto irrevocable por la Administración⁴⁴.

⁴³ Vid. Allan R. BREWER-CARÍAS, *Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio*, Caracas, 1983, pp. 66-67; Allan R. BREWER-CARÍAS y otros, *Ley Orgánica de Ordenación Urbanística*, Caracas, 1988, pp. 57 ss.; Humberto ROMERO MUCCI, en *idem*, pp. 144 ss.

⁴⁴ Art. 331.2 LGAP Costa Rica; el art. 41 CCA Colombia, en cambio, establece diversos supuestos de revocación.

C) La garantía contra la carencia administrativa

Tanto la ficción jurídica del silencio negativo como del silencio positivo, sin duda, se han establecido en el ordenamiento jurídico como garantía de los derechos de los administrados, para que transcurrido un tiempo de inacción, puedan ejercer su derecho a la defensa mediante la interposición de los recursos administrativos o contencioso administrativos correspondientes.

Sin embargo, sobre todo en el caso de silencio administrativo negativo en los casos de solicitudes o peticiones, particularmente en materia de procedimientos autorizatorios, es evidente que en la práctica, los administrados no obtienen ninguna garantía a sus derechos con que se considere que el silencio de la Administración produce tácitamente rechazo. Al solicitante de un permiso o autorización para realizar una actividad, lo que le interesa obtener es el permiso y nada gana con presumir que se le niega. En este caso ¿cómo va a impugnar el acto tácito denegatorio por vía de recurso, si no hay motivo ni motivación? ¿Cuáles serían los motivos de impugnación?

En realidad, en los casos de abstención o negativa de la Administración a decidir, la verdadera garantía jurídica del administrado estaría en poder exigir al juez que obligue a la Administración a decidir, mediante el ejercicio de un recurso contencioso administrativo, no contra un acto, que no existe, sino contra la carencia de la Administración. Esta posibilidad nunca se ha aceptado por el sistema contencioso-administrativo francés, que requiere la existencia de un acto expreso o tácito para que puedan intentarse los recursos jurisdiccionales. Sin embargo, al inicio de la aplicación del Tratado de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, y con motivo de la competencia de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, se creyó encontrar en el artículo 35 del Tratado de la CEEA un recurso en carencia, precisamente, contra la abstención o negativa de las Altas Autoridades de la Comunidad de adoptar determinadas decisiones, pero ello no

prosperó definitivamente, imponiéndose la tradición francesa⁴⁵.

En contraste, sin embargo, en el sistema venezolano de las acciones contencioso-administrativas, además del recurso de anulación y de las demandas contra los entes públicos, se establece expresamente el recurso por abstención o negativa contra las conductas omisivas de la Administración, al atribuirse competencia a los tribunales contencioso administrativos, para:

«conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales, estatales o municipales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas»⁴⁶.

Como lo ha precisado la jurisprudencia contencioso-administrativa:

«el recurso de abstención se inscribe dentro del género de las acciones contencioso-administrativas, cuya característica común es la de permitir el control de la legalidad y la de restablecer los intereses legítimos violados. De modo que es perfectamente posible revisar la legalidad en un procedimiento de un recurso de abstención, cuya finalidad no es la nulidad de actuación alguna, sino la de calificar de legítima o no, una omisión tácita o expresa de la Administración en actuar, para que de resultar ilegal, el Tribunal supla tal abstención o negativa, proveyendo el acto o el trámite omitido o negado... En conclusión, que el recurso de abstención, llamado de carencia, puede intentarse contra una negativa expresa o presunta (inactividad) de la Administración a cumplir un acto. Lo determinante es, pues, que el fin de la pretensión sea la de lograr por la intervención del Tribunal Contencioso-Administrativo el cumplimiento del acto que la Administración ha dicho que no cumple, o que simplemente se abstiene de

⁴⁵ Vid. NICOLA CATALANO, *Manual de Derecho de las Comunidades Europeas*, Buenos Aires, 1966, pp. 109-110, J. A. CARRILLO SALCEDO, *La recepción del Recurso Contencioso-Administrativo en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, Sevilla, 1958, pp. 43 ss.

⁴⁶ Arts. 42, 23 y 182.1 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (Venezuela).

cumplir, siempre y cuando el recurrente tenga derecho a ello, y exista la norma que contemple el deber de la Administración de actuar»⁴⁷.

El recurso contencioso-administrativo en carencia completa, así, el cuadro de las garantías de los administrados ante la negativa expresa o tácita (inacción) de la Administración a decidir un asunto, cuando la sola presunción de decisión tácita denegatoria o positiva, no satisfaga los derechos o intereses de los administrados.

2. LA GLOBALIDAD DE LA DECISIÓN Y LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO INQUISITIVO

Otro principio general relativo a la decisión del procedimiento administrativo se refiere a la obligación que tiene la Administración de decidir todas las cuestiones planteadas en el procedimiento tanto por las partes como de oficio.

En cuanto a las cuestiones planteadas por los interesados, el principio se regula expresamente en la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos, al establecer que:

«El acto administrativo que decida el asunto resolverá todas las cuestiones que hubieren sido planteadas, tanto inicialmente como durante la tramitación» (art. 62)⁴⁸.

El principio, además, se consagra en la legislación argentina, como un derecho de los administrados «a una decisión fundada» como parte del derecho al «debido proceso adjetivo» (art. 1.f.3).

⁴⁷ Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de 28 de octubre de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 32, Caracas, 1987, p. 118. En sentido similar vid. sentencias de la misma Corte de 12 de febrero de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Caracas, 1987, pp. 158 ss.; y de 19 de febrero de 1987, *Revista de Derecho Público*, núm. 29, Caracas, 1987, pp. 142 ss.

⁴⁸ En sentido similar art. 35 CCA Colombia; art. 132.1 LGAP Costa Rica.

Pero es evidente que en el curso del procedimiento administrativo, sea que se inicie de oficio o a instancia de parte, en virtud del principio inquisitivo la Administración, de oficio, puede establecer determinados elementos no invocados por las partes, sobre los cuales también tiene que versar la decisión. Por ello, la Ley española de Procedimiento Administrativo establece que la resolución decidirá no sólo todas las cuestiones planteadas por los interesados, sino también «aquellas otras derivadas del expediente» (art. 93.1).

En este aspecto, sin embargo, el principio del debido proceso exige que esos asuntos no formulados o propuestos por los interesados, para que puedan ser considerados en la decisión, deben haberles sido notificados y debe haberseles asegurado audiencia previa. Así lo establece expresamente la Ley argentina de Procedimiento Administrativo (art. 7.c).

11. Recursos administrativos

Alfonso Nava Negrete

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

A. NATURALEZA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Siglos de elaboración han dado al Derecho Civil la magistratura de rector en la infancia de las nuevas ramas del Derecho. Principios, conceptos, instituciones se moldean y modelan en él. Las tesis civilistas encuentran fácil acomodo en la explicación de nociones fundamentales de las disciplinas jurídicas jóvenes en la Ciencia del Derecho.

Aquí el porqué el Derecho Administrativo adolescente aún en el mundo jurídico científico recibe las primeras explicaciones de sus instituciones de la vasta cantera civilista. Hoy tal actitud contribuiría enormemente al atraso de sus instituciones y a debilitar su estructuración como rama autónoma frente a las otras ramas jurídicas que forman el Derecho, pues significaría ver los intereses y realidad públicos al través de nociones privatistas. Se olvidaría que las relaciones jurídicas del Derecho Civil sólo guardan con las de los demás territorios que constituyen el imperio del Derecho una comunidad de parentesco que se documenta en los principios generales de derecho; sin que los hábitos civiles sean propicios y aptos para penetrar en los claustros de otras hermandades jurídicas.

Consecuencia de la longevidad de la materia civil es el desarrollo unilateral que ha tenido el Derecho Procesal en el proceso civil, quien como un escudero inseparable del Derecho Civil urge —inicialmente— la razón de su ser en la vida del viejo caballero. El campo adjetivo del derecho experimenta así igual fenómeno que el sucedido en el campo sustantivo: la explicación civilista para sus nociones básicas. La acción cuya naturaleza procesal fue confundida con el derecho material que se invocaba con ella entregando su estudio al gabinete del civilista, el proceso primitivamente concebido en el ámbito contractual o pseudo-contractual del Derecho Civil, son ejemplos que ponen de relieve el vasallaje del derecho procesal al derecho sustantivo; condición servil su-

perada por la doctrina procesal moderna quien a su vez reivindica su conocimiento al terreno procesal.

Iniciada la separación doctrinal del Derecho Procesal en el siglo xu con la Escuela Judicialista de Bolonia al hacerlo objeto de exposiciones propias —independización acentuada por la codificación procesal napoleónica que presenta una legislación procesal separada de la de orden material—, su carácter de Ciencia, de moderna Ciencia procesal, es de cuna reciente, a partir de 1868 fecha de aparición de la obra del jurista alemán Bülow *Teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales*.¹ Juventud que comparte con el Derecho Administrativo, ciencias nacidas en el siglo xix.

Escindido el Derecho en procesal y material en un momento en que apenas inicia su vida el Derecho Administrativo, el procesalista dirige su mirada al proceso civil y penal, el administrativista pugna por el progreso de las instituciones administrativas olvidando o relegando a un plano muy inferior la parte procesal de éstas. Último aspecto que la Legislación no ha regulado con la amplitud necesaria y que en la Doctrina se reduce a monografías, a un capítulo de las obras de Derecho Administrativo y a contadas obras de Derecho Procesal Administrativo.

Minimizada su regulación legal y estudio doctrinal, el Derecho Procesal Administrativo, aparece confundido con el Derecho Administrativo y su gradual separación se debe principalmente a las modernas ideas procesalistas que postulan una teoría general del proceso que se ocupe de formar conceptos generales aplicables a cada una de las ramas del derecho procesal: proceso civil, penal, administrativo, laboral, agrario, etcétera, que constituyen la parte dinámica frente a la estática (del derecho material), del Derecho, en la actividad jurisdiccional.

Por tanto nada de raro tiene, siendo el Derecho Procesal y el Administrativo ciencias apenas a mediados del siglo pasado que, José María Villar Romero a prologar su obra *Derecho Procesal Administrativo* afirme que es "el primer intento de construir una disciplina científica acerca del Derecho Procesal Administrativo",² por un lado, y por otro Jaime Guasp considere la obra de Jesús González Pérez, *Derecho Procesal Administrativo*, al prologarla "de ser una obra misional, una tarea evangelizadora", será la que "conquiste definitivamente las últimas cotas del error y haga luz, de una vez, en las oscuridades de una arcaica y fosilizada teoría administrativa del recurso".³ La primera obra publi-

cada en 1944 experimenta aún algunos titubeos para distinguir con precisión la vía gubernativa de la vía jurisdiccional —ambos medios de impugnación de los actos administrativos— pues al clasificarse los recursos, en la segunda parte de ella, en recursos gubernativos y judiciales, se dice de los primeros que se interponen ante "organismos, autoridades o tribunales de índole administrativa" afirmación última que olvida o desconoce que los recursos gubernativos o administrativos se interponen siempre ante autoridades de la administración pública y que la existencia de funciones jurisdiccionales en manos de organismos administrativos estructurados y nominados por la ley como tribunales es ya en sí un obstáculo para confundir tales vías. En la segunda obra publicada en 1955 cobra el Derecho Procesal Administrativo propiedad de autonomía por el enjuiciamiento procesal que se hace del contencioso administrativo entregado por largo tiempo como patrimonio exclusivo del estudio de administrativistas. En ella su autor logra el mérito de apreciar la naturaleza del contencioso administrativo "hasta sus últimos límites y haber construido una obra general sin par, que los administrativistas no podrán menos de reconocer como idónea y los procesalistas como suya".⁴

Desde luego que el enfoque procesal de las instituciones administrativas se hace en un campo poco explorado, en que aún la determinación material de ellas no se encuentra conceptualmente consolidada e inclusive se balbucea sobre los límites del territorio en que imperan; por lo que las apreciaciones y conclusiones a que se llega distan mucho de ser definitivas, ni siquiera se busca la unanimidad de los autores en aceptarlas, acaso una corta mayoría de adictos con el objeto de convertir en principal su estudio en el procesalista y su legislación en preocupación asidua en las cuitas del legislador.

Seguramente que el examen procesal de la naturaleza del recurso administrativo y el contencioso administrativo, terminará con impropiedades de lenguaje y confusiones en que incurren legislador y doctrina en el primero y, lograría superación y perfeccionamiento en el procedimiento del segundo; cubriéndose, además, lagunas legislativas que haría menos necesaria la supletoriedad del Derecho Común a que acuden continuamente las leyes y los códigos administrativos, con grave perjuicio para el desarrollo del Derecho Público Administrativo como tal. Este mismo examen nos obliga a distinguir primero proceso y procedimiento y luego a fijar la naturaleza del recurso administrativo, permitiéndonos proponer solución a algunas cuestiones surgidas con este motivo en el derecho y en la doctrina. Basándonos en ideas y conceptos elaborados por los procesalistas añadiremos nuestra opinión sin que se lleve la intención de hacer una exposición completa del tema (proceso y pro-

¹ NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Proceso. Autorcompensación y Autodefensa*, págs. 101 y ss. Ed. Imprenta Universitaria, 1947.

² J. M. VILLAR ROMERO. *Derecho Procesal Administrativo*, pág. 18, 2a. ed., 1948.

³ J. GONZÁLEZ PÉREZ. *Derecho Procesal Administrativo*, pág. 23, tomo I, 1955.

⁴ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 32.

cedimiento) sino en la medida pertinente para lograr la finalidad que perseguimos.

El problema que plantea la naturaleza del recurso administrativo en si la autoridad administrativa que lo resuelve realiza con ello un acto administrativo o un acto jurisdiccional, una función administrativa o una función jurisdiccional halla adecuada solución en la discriminación entre procedimiento y proceso.

La separación ontológica de los conceptos apuntados suele hacerse connotando al proceso teleológicamente y al procedimiento formalmente. De éste se dice que es la serie o sucesión de actos regulados por el Derecho;⁵ una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo;⁶ expresa la forma exterior del proceso, y la manera cómo la ley regula las actividades procesales, la forma, el rito a que éstas deben sujetarse.⁷ De aquél se afirma ser un concepto teleológico, el complejo de actividades de aquellos sujetos —órgano jurisdiccional y partes— encaminado al examen y actuación, en su caso, de las pretensiones que una parte esgrime frente a otra;⁸ que se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio.⁹

Y así se multiplican las definiciones cuando al propósito académico de encerrar en un mínimo de términos el ser del proceso se añaden las preocupaciones suscitadas por las críticas doctrinales y sobre todo por la realidad que ofrece el derecho positivo que casi siempre se codifica sin existir una directriz lógica y técnica y que favorece enormemente para dar al traste con los conceptos que el jurista aporta acerca del proceso y el procedimiento. La objeción más importante hecha a las definiciones del proceso es la negativa de la presencia del contradictorio o controversia como elemento consubstancial del proceso, es decir, que puede haber proceso sin controversia ni contradictorio y, se acude para apoyar la tesis a la existencia del juicio de rebeldía, el allanamiento a la demanda, etc., en que se sostiene no hay diferencia ni oposición de pretensiones y sin embargo existe proceso.

Lo curioso de la postura es que admite sin dudar que en tales procesos sin contradictorio hay una sentencia y que se realiza una función jurisdiccional. Decimos tal, porque el proceso junto con las figuras de la autodefensa y la autocomposición o composición amigable son

los conductos viables para resolver los conflictos surgidos entre dos partes. Y si el proceso es "el instrumento previsto como normal por el Estado para la solución de toda clase de conflictos jurídicos",¹⁰ la vía de realización de una de las funciones estatales, la jurisdiccional, cómo es que quien ejercita el derecho de acción, que quien promueve, provoca o solicita la intervención de los órganos jurisdiccionales, finalidad a que se reduce la función de la acción procesal, pueda hacerlo teniendo la firme esperanza de no encontrar contradicción a su demanda para que la sentencia del juez se convierta —en el caso del juicio en rebeldía y el allanamiento a la demanda— en una simple certificación de las pretensiones que invoca, con la ventaja, cierto es, de que la falta de respeto o cumplimiento a lo certificado traiga consigo la posibilidad de coaccionar al irrespetuoso o al obligado para su sometimiento. La sentencia, acto jurisdiccional en que se concreta la intervención del juez en su función, en el proceso sin contradictorio es equivalente a una homologación judicial semejante a la que se produce en la transacción judicial? Siguen la idea del proceso sin litigio autores tan prestigiados como Carnelutti y Couture, aunque el primero lo califica de proceso impropio.

No comulgamos con la idea del proceso sin litigio. Los ejemplos citados en que se apoya son inconsistentes y más confirman —por su carácter excepcional— que derogan la necesaria presencia del conflicto jurídico en el proceso. El conflicto normalmente nace antes del momento de iniciación del proceso aun cuando se concrete jurídicamente hasta ejercitarse la acción procesal correspondiente, pues nada justifica como hemos dicho el ejercicio de ésta y la intervención de órganos jurisdiccionales. El Código Federal de Procedimientos Civiles supone el litigio a la iniciación del proceso.

Si en los casos de las fracciones I a III, no se comprenden todas las cuestiones litigiosas para cuya resolución se haya abierto el proceso, éste continuará solamente para la decisión de las cuestiones restantes. (Art. 374)

Y José Aguilar y Maya reconoce "que los órganos jurisdiccionales sólo deben intervenir, por regla general, para componer coactivamente los conflictos que los interesados no puedan o no quieran resolver voluntariamente". (Exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles.)

Que se reconozcan las pretensiones de la contraparte, no elimina el supuesto de un conflicto anterior y, la ausencia de una parte —que puede obedecer a varios motivos— que imposibilita conocer y contestar la demanda, no impide que con posterioridad aparezca en juicio y se

⁵ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 47.

⁶ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, pág. 111.

⁷ J. CASTILLO LARRAÑAGA Y RAFAEL DE PINA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, pág. 337, 2a. ed., Porrúa, 1950.

⁸ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, pág. 45.

⁹ N. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, pág. 111.

¹⁰ NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *op. cit.*, pág. 127.

oponga a lo demandado,* sin que pueda asegurarse que el incumplimiento de la carga procesal de contestar una demanda presuma estar conforme con lo que se reclama, pues la ficción de la ley es *iuris tantum*. Se puede dar el caso también, que la demanda no hubiere sido notificada en la forma requerida por la ley y se siga el juicio en rebeldía bajo un supuesto que puede más tarde comprobarse ilegal, y tampoco se puede asegurar plenamente no existir conflicto. Ahora bien, no debe pensarse que la sola presencia de un conflicto o litigio y una resolución que le dé fin, dé como producto un proceso o juicio, pues tales elementos se presentan en el régimen de autodefensa (legítima defensa y duelo) o el de la autocomposición (transacción) según expresión de Carnelutti, desembocaduras de litigios al igual que el proceso pero sin constituir un juicio. El arbitraje o amigable composición "implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial", en él "las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares aun cuando éstos no sean funcionarios del Estado ni tengan jurisdicción propia o delegada pues sus facultades derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley"; sus actos son privados, "puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido a la materia lógica del laudo la materia jurisdiccional de una sentencia" (S. J. de la Fed. Suplemento de 1933, pág. 832).

Las disquisiciones se suman casi sin fin por las excepciones que los derechos positivos prestan al pro y contra de la tesis de un proceso con o sin contradictorio o sea, si la presencia de este último es o no esencial para que exista un proceso.

Discusiones que se agudizan por la necesidad de dar una definición del proceso que sirva para calificar o no a un procedimiento determinado de tal, y sobre todo por las consecuencias que esto apareja para la distinción de las funciones estatales.

Las trabas aparecen fundamentalmente porque se trata de cuestiones planteadas en un campo inadecuado, el de la legislación positiva, en cuya elaboración el legislador no sigue posturas o doctrinas únicas, posición que favorece coloquios como los apuntados.

Quienes admiten la existencia del proceso sin estimar como necesaria e indispensable la presencia del litigio, aceptan también en ver como proceso, el conjunto de actos coordinados de carácter procesal que forman el ritual procesal hasta dictarse la sentencia. Consecuencia criticable porque bien puede acontecer que en el ámbito administrativo

se formara una secuencia de actos procesales (más bien procedimentales) semejantes a los de aquel proceso sin litigio y no por ello concluiríamos que se trata de un proceso o juicio en que se realiza una función jurisdiccional.

Siguiendo el orden de estas ideas y los resultados a que se llega después de examinar las definiciones dadas por los procesalistas acerca de lo que es el proceso optamos por caracterizarlo con dos notas constantes e indiscutibles en las fórmulas definidoras, es un procedimiento en el que se opera o efectúa una función estatal, la jurisdiccional. Veamos.

Todo proceso es un procedimiento, implica siempre un conducto que se revela en un conjunto o serie de actos procedimentales coordinados, conformados por la finalidad que persiguen y que en el proceso siempre es la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia y con la que se reviste a la justicia. Así que no todo procedimiento es un proceso, sólo aquel que tiende a asegurar la observancia de las normas que regulan las relaciones jurídicas. Únicamente los actos que persiguen esta meta reciben apropiadamente el calificativo de actos procesales, que "son a) Los actos de las partes, esto es, alegaciones o deducciones (término genérico que comprende: las afirmaciones de normas jurídicas; las afirmaciones de hechos jurídicos y de hechos simples; las excepciones; las argumentaciones; la petición de prueba y las producciones, esto es, la presentación de documentos y objetos idóneos para el examen del juez); b) Los actos de los órganos jurisdiccionales (pronunciamientos, resolutorios, dirección del proceso, notificaciones)",¹¹ actos que colocan al juez en condiciones de dictar su sentencia. Hablar de actos procesales es hacerlo de actos de procedimiento, pero no en sentido contrario. Por ejemplo, procedimiento es el que sigue el legislador en la elaboración de las leyes, el empleado por la Administración para la producción de los actos administrativos, pero en ninguno existe proceso. Acaso cuando se aluda al proceso legislativo se haga en el sentido de procedimiento, substituyendo el género (procedimiento) por la especie (proceso) y no vamos ni siquiera a pensar que se trata del "proceso jurisdiccional", valga la incidencia. Eduardo García Máynez, por ejemplo, en su Introducción al Estudio del Derecho, al referirse a la legislación como fuente del derecho la define como "proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general",¹² y aludiendo a los diversos sucedáneos que sigue el

* Cualquiera que sea el estado del pleito en que el litigante rebelde comparezca, será admitido como parte y se entenderá con él la substanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso. (Art. 645 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales.)

¹¹ G. CHIGVENDA. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, págs. 54 y 55, tomo I, 1ª ed., 1956. Ed. Rev. de Der. Privado

¹² E. GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al Estudio del Derecho*, pág. 53, 4ª ed., 1951. Porrúa

legislador mexicano en la elaboración de las leyes los califica con la expresión de moderno proceso legislativo. He aquí el uso indebido de proceso por procedimiento, sólo aceptable gramaticalmente pero no jurídicamente.

El propio Derecho Procesal no tiene como objeto de estudio o como parte de su labor el conocimiento del procedimiento legislativo, su regulación corresponde a la norma constitucional.

Connota también el proceso como procedimiento, el maestro Virgilio Domínguez, al conceptuarlo de "serie de actos que hay que practicar en el juicio, regulados por el derecho procesal objetivo, tendientes a la obtención de la sentencia".¹³ En el mismo sentido, los dos tipos de proceso, oral y escrito, de que hablan los procesalistas Castillo Larrañaga y Rafael de Pina en la obra *Instituciones de Derecho Procesal Civil*,¹⁴ siguiendo al maestro italiano Chiovenda, es una clasificación basada en el carácter oral o escrito del procedimiento, por lo que se toma procedimiento en lugar de proceso.

Parcialidad de criterio al calificar el proceso sólo por su estructura, el procedimiento, en que incurre la misma Suprema Corte de Justicia en su búsqueda de una interpretación del segundo párrafo del artículo 14 constitucional para su acatamiento en materia administrativa al opinar en sentencia de 19 de julio de 1937 "la garantía que otorga el art. 14 de la Constitución sobre la necesidad de un juicio previo... se cumple satisfactoriamente, cuando se trata de actos administrativos, si la autoridad que los dicta o ejecuta se ha ceñido estrictamente a las normas del procedimiento señalado por la ley" (*S. J. de la Fed.*, tomo LII, pág. 2251). Sacrificio de la técnica jurídica al ideal de justicia y seguridad para la defensa del administrado frente a la actuación de la Administración, no obstante que el artículo constitucional en su párrafo indicado nos habla de "juicio" y "tribunal".

La sustitución continua se hubiera evitado si en lugar de proceso se hablara de juicio; pues la similitud morfológica de los vocablos y la igual significación gramatical ha conducido a frecuentes sinonimias conceptuales aun cuando en realidad sólo sean aparentes; pero el uso arbitrario que suele hacerse de los términos proceso y juicio —principalmente de este último— para calificar a un simple procedimiento, induce a ver juicio donde sólo hay una serie de actos o ritos que coordinados a una finalidad no es ésta la de juzgar, acción de toda función jurisdiccional. Incurre en impropiedad y abuso el Código Aduanero al signar el capítulo IV del título XIV con la expresión de "juicios administrativos", cuando se trata de un procedimiento para investigar, deter-

minar y sancionar las infracciones que se cometen al citado cuerpo legal. En este procedimiento administrativo "recaerá una resolución que deberá ser dictada y firmada por el jefe de la oficina aduanera que corresponda" (art. 612). Resolución que revisará de oficio o a petición de parte la Dirección General de Aduanas (art. 614).

Se arguye que la existencia de ciertos actos o actuaciones en un procedimiento semejantes a los que hay en el procedimiento del juicio o procedimiento civil (arquetipo del proceso) tales como notificaciones, pruebas, inspecciones, alegatos, etc., convierten a ese procedimiento en un juicio. Incluso en la formulación de ese argumento se incurre en error; ¿la comparecencia de actos procesales en un procedimiento transforman a éste en juicio? Nosotros contestamos preguntando a su vez ¿la comparecencia de actos procedimentales en un proceso transforman a éste en simple procedimiento a pesar de que en él se verifique la función jurisdiccional? Los actos procesales integran el proceso y los procedimentales el procedimiento, pero un proceso no sólo es procedimiento sino además vía jurisdiccional; la prueba está en que los diferentes tipos de proceso —como los civiles—, su igual, semejante o distinto procedimiento que tengan entre sí con respecto a otros procesos: penal, laboral, etc., no modifica en nada su carácter de juicio o proceso que poseen por ser conductos jurisdiccionales.

Razones son éstas las que nos condujeron a significar el proceso como un procedimiento en el que se opera o efectúa una función estatal, la jurisdiccional. En efecto, sólo el Estado tiene el poder de actuar la voluntad de la ley en el caso concreto, poder que se llama jurisdicción y a lo cual provee con la institución de órganos apropiados (jurisdiccionales) siendo los más importantes los jueces (autoridad judicial). Poder de jurisdicción que compete constitucionalmente al Poder Judicial y que por tal ministerio se entrega excepcionalmente a órganos del Poder Ejecutivo —principalmente— y del Poder Legislativo, consecuencia de la idea de colaboración de poderes.

El poder de jurisdicción consistente en la actuación de la voluntad de la ley, en la función jurisdiccional, cuya esencia lleva el "cometido de convertir en mandato particular y concreto, el abstracto y general del derecho, respecto de los puntos controvertidos cuya composición se busca coactivamente mediante la intervención de un órgano estatal cuando no ha sido posible un acuerdo privado",* se encarga formalmente a un órgano llamado tribunal o juez que actuando bajo el principio de independencia judicial, siempre lo hace frente a las partes en conflicto; tales elementos, juez y partes, son presupuestos esenciales de los actos procesales que constituyen el proceso, aun cuando se dan

¹³ VIRGILIO DOMÍNGUEZ. Prólogo a la obra de Dos Reis *Teoría de la Acción*, pág. 12.

¹⁴ CASTILLO LARRAÑAGA-DE PINA, *op. cit.*, pág. 161.

* Exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles. JOSÉ AGUILAR Y MAYA.

casos en que una parte esté ausente y la ley recurra para cumplir con la función a exigir el cumplimiento en el proceso de ciertas formalidades que llevan el propósito de hacer justicia en la medida de lo posible. El proceso se convierte así en un instrumento de justicia en manos del Estado, condición que lo aparta de confundirlo con el arbitraje, el cual se convierte en figura procesal, con tal que la sentencia privada o laudo se someta a la convalidación del órgano del Estado.¹⁵

Queda así encomendada a la función jurisdiccional la solución de las controversias jurídicas nacidas entre dos partes, ejercida al través de un procedimiento seguido ante un tribunal estatal y, concretada en un acto jurisdiccional: sentencia, tutelador del derecho.

Resultan por estos motivos, loables y apropiadas las nominaciones de nuestros códigos adjetivos, pues tanto los civiles como los penales (local y federal) se rubrican como Código de Procedimientos, involucrando así los distintos procesos civiles, el penal y otros procedimientos pre y post-procesales. Igualmente el rótulo del libro V del Código Agrario: Procedimientos agrarios, comprendiendo los procedimientos administrativos de restitución y dotación de tierras y aguas, el de creación de nuevos centros de población agrícola, etc.

En suma, proceso es función y estructura o sea vía jurisdiccional y procedimiento. Procedimiento es rito, cauce, conducto integrado por actos que se ordenan a una finalidad jurisdiccional o no.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.—En el Derecho Procesal Administrativo cabe hablar de proceso y procedimiento, quienes participan de los principios de la teoría general del proceso. Por lo demás, en ellos como en los de su especie, los actos procesales y procedimentales varían en cada tipo de proceso o procedimiento administrativo sin que esa variación les haga perder su carácter de tales. Nociones que corroboran la idea de que la unidad del proceso no es identidad sino creación de denominador común: proceso-procedimiento, para un conjunto de numeradores proceso y procedimiento: civil, penal, administrativo, laboral, etc.

Aquí nos ocuparemos dentro de lo que se ha dado en llamar fase oficiosa de la Administración o esfera de la Administración activa, del procedimiento administrativo, sobre todo el del recurso administrativo, dejando el estudio del proceso para cuando tratemos el contencioso administrativo.

Bajo el título de procedimiento administrativo Fraga ve el conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo.¹⁶ O sea, se le concibe cual conducto que sigue la autoridad admi-

nistrativa para la producción de los actos administrativos. La idea es buena pero incompleta. Existen procedimientos administrativos después de producido el acto y con una finalidad diversa: procedimiento de ejecución, recurso administrativo.

Conceptuamos el procedimiento administrativo como el medio o vía legal de realización de actos que en forma directa o indirecta concurren en la producción definitiva de los actos administrativos en la esfera de la Administración. Quedan incluidos, procedimiento de producción, ejecución, autocontrol, impugnación de los actos administrativos y todos aquellos cuya intervención se traduce en dar definitividad a la conducta administrativa. No se comprende el procedimiento administrativo empleado en el juicio o proceso administrativo ante los tribunales.

La nota común es omitir su regulación en la ley, conformarlo siguiendo el procedimiento judicial u organizarlo con estructuración propia nacida de la fisonomía que impone el derecho administrativo; prueba de las distintas etapas de su desarrollo. La omisión es necesario superarla como exigencia del actual régimen de legalidad en los actos administrativos. Su conformación al procedimiento judicial no es conveniente. Inconveniencia justificada no porque su equiparación ilimitada haga carente de sentido la separación del Poder Administrativo y el Poder Judicial pues la diversidad de procedimientos no condiciona la diversidad de los poderes vistos, sino por el distinto contenido y fin que en ellos se conduce y busca. Además, la necesaria similitud o igualdad en algunos actos procedimentales sólo explican mejor la unidad del Derecho Procesal pero nunca la falta de un Derecho Procesal Administrativo.

La construcción de un procedimiento administrativo adecuado a la función administrativa por canalizar, impone continua observación y sistematización de los elementos que lo integran. A este propósito se encaminaron las propuestas de los delegados asistentes al Congreso del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas celebrado en Varsovia el año de 1936, señalando como rasgos fundamentales para todo procedimiento administrativo:

1. Principio de la Audiencia de las partes.
2. Enumeración de los medios de prueba que deben ser utilizados por la Administración o por las partes en el procedimiento.
3. Determinación del plazo en el cual debe obrar la Administración.
4. Precisión de los actos para los que la autoridad debe tomar la opinión de otras autoridades o consejos.
5. Necesidad de una motivación por lo menos sumaria de todos los actos administrativos que afecten a un particular.
6. Condiciones en las cuales la decisión debe ser notificada a los

¹⁵ G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pág. 41.

¹⁶ GABINO FRAGA, *op. cit.*, pág. 218, 3ª ed.

particulares. Y como reglas generales complementarias: la declaratoria de que todo quebrantamiento a las normas que fijen garantías de procedimiento para el particular, debe provocar la nulidad de la decisión administrativa y la responsabilidad para quien las infrinja.¹⁷

Optamos por dividir el procedimiento administrativo, en procedimiento de producción y procedimiento de impugnación de los actos administrativos. Comprendiendo en el primero todos los procedimientos que no sean los de impugnación. Cómoda es la distinción pero no sin motivo ni sentido. Es difícil y a veces imposible enumerar todos los procedimientos administrativos, la propia legislación administrativa es numerosa y complicada y su intento no es objeto de este trabajo. Además, las características del procedimiento de producción no se pueden atribuir al de impugnación y viceversa.

Descartando el procedimiento técnico y todos aquellos —aun jurídicos— que no afectan las situaciones jurídicas de los particulares, nos referiremos al procedimiento de producción de los actos administrativos.

Sigilo. De secreto siempre se tildó el camino empleado por la autoridad administrativa en la creación de sus actos. El carácter "oficial" de sus actuaciones, el tono solemne de las fórmulas y el papeleo desmenuzado para expresarlas, sólo daban oídos al administrado para escuchar las resoluciones y negaban ojos para ver la secuencia productora del acto. Contribuía al procedimiento secreto la ausencia de leyes que normaran la conducta de las autoridades.

Después, aunque éstas existieron, su conocimiento fue patrimonio exclusivo del saber de los empleados y funcionarios públicos, debido a la poca divulgación de sus textos o a la difícil comprensión de los conocidos.

Una regulación jurídica cada vez mayor de los actos de las autoridades y la amplia divulgación de las leyes y disposiciones administrativo-fiscales han convertido el procedimiento administrativo de producción en el instrumento eficaz de las relaciones jurídicas entre autoridades y particulares. Más sensible es la eficacia cuando el acto administrativo nace a requerimiento del administrado, pues las intervenciones de éste en el procedimiento demandan apropiada regulación que le permita exponer sus razones, interés, pruebas, etc., para obtener el acto requerido: autorización, permiso, concesión, condonación, etc. Mayor importancia cobra, cuando el acto surge a instancia de la propia autoridad productora, el que el particular conozca el procedimiento de producción pues aquí la intervención se transforma en garantía de legalidad y audiencia.

Actualmente el procedimiento de producción no es secreto pero sí limitado el acceso del administrado a él, cuya participación se reduce en ocasiones a informar o colaborar, a acatar requisitos para obtener beneficios, etc.

Justifican esta actitud limitadora del legislador el ambiente de franqueza y libertad que para la exposición, trato y estudio de las cuestiones y problemas administrativos debe existir en el personal administrativo encargado de resolverlas. Dar derecho para que se pudiera inquirir los motivos o saber los actos que tuvo presente la Administración para actuar en el procedimiento de producción en tal o cual forma, sería ir más allá de lo que corresponde a la ley regular y garantizar. "Revelar el proceso a través del cual la opinión de la organización evolucionó gradualmente en el Ministerio, sería no sólo incompatible con la eficacia y las prácticas existentes sino también con la teoría de que es el Ministro el responsable de toda la acción departamental."¹⁸

Rapidez. Comparado el procedimiento de producción con el procedimiento judicial, la celeridad califica al primero y la lentitud al segundo. Contados los casos, la morosidad es normal en el procedimiento judicial y excepcional en el procedimiento de producción. El cuadro obedece principalmente al interés que tiene la autoridad en la rápida elaboración de sus actos, urgencia que demanda la pronta solución y satisfacción de las necesidades colectivas; en cambio es el interés o negligencia de las partes los que prolongan el procedimiento judicial.

A las contadas formalidades y menor rigor de los términos en el procedimiento de producción, al desenvolverse, debe éste en buena parte su rapidez y viceversa, el formalismo y la rigidez del término alargan el judicial.

En materia fiscal la simplificación del procedimiento ha sido continua preocupación. En la Convocatoria de 22 de julio de 1925 dirigida a los Gobernadores de los Estados de la República por el señor Alberto J. Pani, Secretario de Hacienda y Crédito Público, para celebrar en agosto del mismo año la Primera Convención Nacional Fiscal, se expuso el régimen fiscal que imperaba en esa época. Entonces el señor Pani hacía ver "los múltiples procedimientos que nacidos de la complicación misma del régimen fiscal se ponen en juego para burlar la acción del Fisco",¹⁹ el complejo y oneroso procedimiento de recaudación e inspección existentes, "el impuesto se hace cada vez más oneroso por la multiplicidad de cuotas, multas, recargos, creciendo la complejidad del sistema y aumentando en forma desproporcionada e injustifica-

¹⁷ A. CARRILLO FLORES, *op. cit.*, pág. 102.

¹⁸ A. CARRILLO FLORES, *op. cit.*, pág. 97.

¹⁹ Primera Convención Nacional Fiscal, pág. 6.

Términos. El tiempo en el procedimiento judicial se mide por los términos, formándose periodos que le van dando dinamismo. Para las partes el término es obtención o pérdida de beneficios, derechos, obligaciones, cargas en el procedimiento; según se cumpla o incumpla por una u otra parte. En el procedimiento de producción el término rige y suele establecerse más para el particular que para la Administración.

El incumplimiento del término por el particular consigue a éste pérdida de derechos, posibilidad de obtener beneficios e incluso hacerse acreedor a una sanción administrativa: extemporaneidad en el cumplimiento de obligaciones como la presentación de las declaraciones en materia fiscal, rendición de informes, presentación de libros, pago del impuesto, etc. Para la administración el incumplimiento del término se traduce en morosidad administrativa o falta oficial y por ende responsabilidad para el empleado o funcionario. A veces la inactividad de la autoridad en el tiempo que la ley le fija para ello, hace que se presuma el sentido de sus actos. Por ejemplo, cuando la Secretaría de Hacienda no hace presente su aprobación o no ejercita su voto suspensivo o su desaprobación dentro del término de 10 días de la notificación de las resoluciones y recomendaciones que aprobadas por la Comisión Nacional Bancaria le sean comunicadas, se presumirán firmes (art. 163 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares). Igualmente, tratándose de las solicitudes de restitución o dotación de tierras y aguas que los Gobernadores de los Estados reciben y que deben turnar a las Comisiones Agrarias Mixtas —según artículo 27 constitucional, fracción XII— para que éstas emitan su dictamen, el cual se sujetará una vez emitido a la aprobación o modificación del Gobernador; cuando éste no cumple aprobando o modificando el dictamen de la Comisión en el término de 10 días “se considerará desaprobado el dictamen de la Comisión y se turnará el expediente al Departamento Agrario para su resolución definitiva” (art. 229 del Código Agrario).

En general la ley se concreta a enumerar los actos o las fases que comprende el procedimiento de producción sin fijar el lapso en que habrán de verificarse. Cuando hay términos la imprecisión y variedad anida en saber el momento a partir del cual corre o se cuenta ese término. Momento que suele omitirse o bien señalarse en la terminación de actos o hechos (estudios, trabajos, investigaciones) no sujetos a tiempo alguno en su producción. El término en el procedimiento de producción canaliza los actos y trámites administrativos entre las autoridades pero no las actuaciones de éstas frente a los particulares para quienes el término es el supremo rector de su conducta frente a las autoridades. Esto explica la incertidumbre que generalmente se tiene sobre el momento de terminación del procedimiento administrativo.

ble los gastos muertos de recaudación, inspección y administración de las rentas públicas”. Durante las sesiones de la Convención se buscó en la uniformidad de los impuestos la “facilidad y la economía en la recaudación” supuesto “que la división del trabajo y la especialización de las funciones que se obtienen mediante la dedicación de un personal encargado especialmente de la recaudación de un solo impuesto, traen consigo la reducción de los gastos que implica su administración”.²⁰

La misma situación prevalecía y se aceptaba en 1933 al celebrarse la Segunda Convención Nacional Fiscal. Aquí se reconoció la vigencia de un procedimiento tributario complicado y oneroso que hacía improductivos y antieconómicos los impuestos existentes.

El 14 de octubre de 1947 el Poder Ejecutivo invitaba a los gobernadores de los Estados para que concurrieran a la Tercera Convención Nacional Fiscal y afirmaba que el Gobierno Nacional se hallaba ante el mismo problema fiscal planteado en 1925, agravado por el tiempo transcurrido —22 años— y empeorado “como resultado de la creación de nuevos impuestos tanto por la Federación como por los Estados y Municipios... hay más impuestos, éstos son más complicados en sí mismos y más faltos de armonía en el conjunto; han aumentado los requisitos y trámites exigidos por las leyes fiscales que se traducen en cargas económicas y molestias para el causante pero que no aumentan los ingresos del erario ni facilitan su control...”²¹

En septiembre de 1951 el licenciado Sealtiel Alatríste, Jr., Tesorero del Distrito Federal, indicaba que “todos los trabajos encaminados a la revisión de los sistemas fiscales del Distrito Federal han estado presididos por una idea primordial: la de la simplificación de los procedimientos. Esto aparece una doble consecuencia; los contribuyentes podrán cumplir oportunamente con sus obligaciones fiscales y el Fisco obtendrá mayor recaudación con menores gastos de administración”. La situación legal del procedimiento de ejecución fiscal en diciembre de 1946 —carente de flexibilidad— hace declarar al jurista citado: “El cúmulo de requisitos y formalidades a que estaba sujeto el procedimiento de ejecución fiscal conducía a dos resultados igualmente desfavorables: a la lentitud del procedimiento, que lo hacía ineficaz, o a la violación de esos requisitos y formalidades que lo viciaban de nulidad. Esta situación se agravaba porque, además de que el procedimiento era deficiente, provocaba una serie de molestias innecesarias a los contribuyentes en mora.”^{21 b)} El problema de 1925 hoy no sólo exige resolución sino además sistematización del procedimiento.

²⁰ Primera Convención Nacional Fiscal, pág. 137.

²¹ Tercera Convención Nacional Fiscal, pág. 7.

^{21 b)} Lic. SEALTIEL ALATRISTE, JR. *Legislación Fiscal del Departamento del Distrito Federal*, 1951, págs. VI, VII y XI.

Adherencia. Conocido es que en todos los actos en que directa o indirectamente concurren los particulares a la producción definitiva de los actos administrativos, la individualización de quien elabora el acto es difícil y más aún su permanencia en el curso de todo el procedimiento. De manera que el contacto del particular se logra más bien con el departamento u órgano administrativo que con la misma persona realizadora del acto. He aquí la necesaria prioridad del procedimiento escrito al procedimiento oral. Nada impide sin embargo la presencia del diálogo o acuerdo oral, previos a la escritura, entre autoridades y particulares —tan socorrido en materia impositiva— que beneficia al Fisco creando confianza en el causante respecto a la integridad moral de las autoridades administradoras de los impuestos para que cumpla oportunamente con sus obligaciones tributarias.

Consistiendo la adherencia en que la persona física (o personas físicas si es un cuerpo colegiado) productora del acto sea la misma quien conozca de todo el procedimiento desde su iniciación, duración y fin, corresponde su aplicación a un procedimiento oral que no al procedimiento de producción eminentemente escrito. Además, en éste no sólo falta la adherencia sino que como hemos visto la mayoría de las veces ni siquiera se llega a determinar a las personas físicas que realmente intervinieron en el procedimiento. Añádase el hecho de que en la elaboración de un acto administrativo pueden intervenir varios empleados de una oficina o departamento, dos o más órganos de una dependencia gubernativa e incluso dos o más Secretarías de Estado, que cada una de estas intervenciones ameritan proposiciones, investigaciones, estudios previos que permitan formar el acto con el cual participarán en la formación de otro. Aún suponiendo un procedimiento menos complicado la adherencia es rara.

Los actos, las decisiones administrativas se dan a conocer a nombre de la oficina, departamento o Secretaría relativa, rubricándose el papel en que constan (llámense decretos, oficios, circulares, órdenes) por el funcionario o empleado encargado de esos cuerpos administrativos, aun cuando ellos no hayan elaborado realmente el acto o no hayan sido los únicos. Por lo que una ley o disposición legal que prescribiera como obligatoria la enumeración de todos los funcionarios o empleados que intervinieron en la producción de un acto resultaría absurda e imposible de acatar y sin ningún beneficio práctico. De ser así plantearía situaciones como la contenida en el caso *Arlidge* resuelto en 1915 por la Cámara de los Lores ante quien se reclamó la nulidad de una resolución Ministerial "fundándose principalmente, en que ella no indicaba quién o quiénes de los funcionarios del Ministerio eran los que en realidad habían decidido".²²

Así que el acarreo del principio de adherencia, propio del proceso, al procedimiento administrativo es desafortunado, pues a la identidad física del juez durante el proceso toca la identidad legal del órgano o autoridad durante el procedimiento administrativo.

Pruebas. Un capítulo interesante en el procedimiento que se estudia es el relativo a la determinación de las pruebas que Administración y particulares han de utilizar. Tradicionalmente la ley ha omitido su indicación. Actualmente la ley, como con los términos, señala con cierta regularidad las pruebas que el particular debe aportar para instruir a la Administración en el asunto y para comprobar sus aseveraciones orales o escritas; por ejemplo, para calificar las declaraciones que los contribuyentes presentaron "las autoridades calificadoras tomarán en consideración, en cada caso, los elementos de prueba aportados por los causantes, las confesiones escritas de éstos..." (art. 184, Ley I. S. R.). Rara vez se individualiza el tipo de prueba pero impera la documental, propia de un procedimiento escrito como el de producción. Si el particular no aporta los medios probatorios que las normas legales establecen, la autoridad suple la falta. Presentadas las declaraciones para que la autoridad fiscal las califique, si el causante no presenta sus libros de contabilidad, documentación comprobatoria de los renglones de sus declaraciones... (art. 189, Ley del I. S. R.) la autoridad calificadora determinará los ingresos gravables estimativamente, para lo cual se valdrá de los "medios indirectos de la investigación económica o de cualquier clase" (art. 190, Ley I. S. R.).

A falta de enumeración de pruebas, la ley va fijando al particular los casos en que ha de ofrecer "medios probatorios" para que la autoridad los tome "en cuenta", "consideración" sirvan para que ésta cuente con "elementos de juicio", respecto de la situación económica, tributaria, legal de aquél. ¿Qué valor probatorio tendrán para la autoridad las pruebas presentadas por el particular? Diríamos que el legislador establece un sistema de pruebas libre en el procedimiento de producción, acorde en nuestro concepto con la flexibilidad que debe tener la conducta de la Administración en la apreciación de los hechos para la mejor realización de sus atribuciones. Con esto último armoniza la amplitud concebida por la ley a la Administración para buscar los medios o elementos de prueba que juzgue pertinentes para la formación de su juicio en la producción de los actos administrativos.

Ya hemos visto la libertad que se da a las autoridades fiscales para la determinación estimativa de los ingresos gravables del causante, misma que se otorga para clasificar a los causantes que omiten presentar su manifestación de ingresos, determinando el ingreso gravable "con los elementos de que puedan disponer para tal efecto" (art. 187, Ley I. S. R.). Las pruebas y medios de que se asiste y vale la autoridad

²² A. CARRILLO FLORES, *op. cit.*, pág. 95.

administrativa son de lo más variado: documentos, peritajes, testimonios, inspecciones, visitas, informes, obtención, verificación y confrontación de datos; etc. Autorizada por el legislador la Administración logra esos elementos probatorios del causante, de las personas físicas o morales que tengan o hayan tenido relaciones o negocios con los contribuyentes, de funcionarios y oficinas públicas. La oposición a la presentación de libros y documentos o a proporcionar los datos e informes que las autoridades fiscales requieran o soliciten, estando facultadas por la ley, hacen acreedores a quienes así proceden a sanciones administrativas (art. 228, frac. V del Código Fiscal). Drástica es en este respecto la disposición del artículo 215 del Código Fiscal de la Federación:

Si se hace resistencia por parte de una persona responsable o de cualquiera otra persona, a la ministración de informes o datos, a la exhibición de libros, documentos o correspondencia o a la práctica de visitas de inspección, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o las Oficinas receptoras, según el caso impondrán al resistente la sanción que corresponda, y si a pesar de ello no se consigue vencer la resistencia, hará la consignación del caso al Ministerio Público Federal para la imposición de la pena correspondiente sin perjuicio de emplear los medios de apremio que establece este Código.

Sumariamente hemos señalado las características comunes a la gama amplísima de procedimientos que abarca el procedimiento de producción. Siempre los habrá que presenten notas diferentes que les hará salirse de la fisonomía común, lo que es explicable por la variedad de materias y fines que ocupan la actividad administrativa. No obstante, mucho se ha logrado superar las deficiencias del llamado procedimiento tradicional, la publicidad de los actos, la notificación de las decisiones, la mayor determinación de los órganos o autoridades que intervienen, el tiempo en que ha de actuar la autoridad en ciertas fases y que hacen menos incierta la terminación del procedimiento, el acentuado acceso del particular a él, en fin, una mejor regulación de las partes del procedimiento engarzadas en lapsos más o menos precisos con halagadores resultados para la certidumbre jurídica del particular frente a la Administración.

Tampoco se desconoce ni olvida la continua supletoriedad —a que acuden códigos y leyes administrativas— del procedimiento judicial al de índole administrativa, ya en forma expresa o bien tácita. Es decir, los ordenamientos administrativos autorizan la aplicación del procedimiento judicial o cuando regulan el administrativo siguen los lineamientos del patrón judicial. Si bien es cierto que en esto se ha ganado con el establecimiento de procedimientos administrativos separándose

del modelo judicial y atendiendo a la realidad peculiar de los problemas administrativos: procedimiento expropiatorio, para la determinación de los créditos fiscales, para imponer sanciones a infracciones tributarias, para la naturalización de extranjeros, para la obtención de bienes de la nación o concesión de servicios públicos.

¿Cómo ha de ser el procedimiento que garantice al particular que la Administración no obrará en forma arbitraria? El problema legal tiene trascendencia constitucional.

El Derecho Norteamericano ha resuelto la interrogante mediante la cláusula que prohíbe privar "de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido procedimiento jurídico" consignada primeramente en la enmienda V de la Constitución Norteamericana y después en la enmienda XIV, la primera limitando el ejercicio del poder por el Gobierno federal y la segunda sometiendo a las restricciones en ella contenidas a todos los depositarios del poder estatal. Antes de la adopción de la enmienda V las declaraciones de derecho durante el período de la Revolución, a partir de la declaración de Virginia, habían usado la expresión de la Carta Magna: "Ley de la Tierra", tomada de la sección de este documento que ha sido la ciudadela de la libertad: "Ningún hombre libre sea detenido, reducido a prisión o desposeído de sus bienes, o desterrado o en cualquier modo destruido, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares y la ley de la tierra."²³ Esta disposición obligaba a las autoridades estatales a seguir el procedimiento que la ley establecía.

Instituido el debido procedimiento jurídico o debido proceso legal, su interés era eliminar la forma arbitraria de la actuación del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Satisfizo su propósito, sometiendo a éste al través de la sujeción del Poder Legislativo a la enmienda constitucional, que la Suprema Corte Norteamericana ha interpretado y hecho efectiva. Reconocieron los magistrados de la Corte que el principio obligaba al legislador a establecer en sus leyes un procedimiento, pero no sólo ello, sino que además tal procedimiento había de ser "el debido". Es decir, no cualquier procedimiento cumpliría con la enmienda constitucional. Puede tratarse de un procedimiento jurídico ¿pero es debido procedimiento jurídico? se preguntaba el magistrado Curtis,²⁴ y decía "es evidente que no se dejó en manos del poder legislativo la facultad de establecer el tipo de procedimiento que quisiera. El artículo es un freno tanto para el poder legislativo como para el ejecutivo y el judicial, por consiguiente, no puede ser interpretado en el sentido de que deja al Congreso en libertad de hacer, por su mera voluntad, que

²³ CHARLES EVANS HUGHES. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, Ágina 171. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1946.

²⁴ *Idem.*, pág. 172.

un procedimiento cualquiera sea el debido procedimiento jurídico", ¿cuál es el significado de éste? "La Constitución (Norteamericana) no tiene declaración sobre qué procedimientos deben considerarse permitidos y cuáles prohibidos. No declara siquiera los principios que se han de aplicar con el debido procedimiento"²⁵ por lo que "aparte del peligro inminente de, no lograr dar una definición que sea a la vez clara, amplia y satisfactoria, es más prudente tratar de indagar la intención y aplicación de tan importante expresión de la Constitución Federal mediante el proceso gradual de la inclusión o exclusión judicial, según exijan los casos que se presenten, con el razonamiento en que se funden tales decisiones".²⁶ Toca a la Suprema Corte Norteamericana determinar en cada caso el debido procedimiento, sirviéndose de principios, según advierte Carrillo Flores, "que los jueces han extraído del mundo extrajurídico de su propia cultura, de sus convicciones políticas, de su concepción acerca de lo que debe ser la vida social y económica de su país",²⁷ siendo la jurisprudencia de la Corte la que ha dado fuerza normativa a la expresión: debido procedimiento jurídico.

Dentro del régimen de legalidad actual, la Administración habrá de ajustar sus actos al procedimiento que le señale la ley y cuando tal procedimiento a juicio del interesado afectado no es justo, acudirá a la Corte Norteamericana invocando la enmienda XIV de la Constitución.

Nuestro derecho no establece una garantía con tal alcance. Las garantías de audiencia y de legalidad previstas por los artículos 14 y 16 constitucionales sujetan a la autoridad administrativa a cumplir con el procedimiento prescrito por la ley y, cuando ésta lo omita, el perjudicado reclamará la inconstitucionalidad de ella por no respetar la garantía de audiencia o sea por no dar oportunidad de audiencia y defensa al particular.

¿Cómo cumplirán las leyes administrativas con estas garantías? * Estimamos que no en todos los casos es posible dar al particular la oportunidad de presentar pruebas y ser oído dentro del procedimiento de elaboración de los actos administrativos, por lo que su cumplimiento se supliría en el procedimiento de impugnación (recurso administrati-

vo) siempre y cuando se suspendiera la ejecución del acto impugnado (en las condiciones legales) y que la impugnación se permitiera en los casos en que no se cumpla con aquellas garantías; de lo contrario, el propósito de las garantías de permitir al particular alegar y defenderse antes de que un acto le prive de sus bienes, derechos, etc., quedaría frustrado y, peor, si la ejecución del acto producía efectos irreparables por la resolución del recurso administrativo. De esta manera leyes y autoridades administrativas cumplirían con el artículo 14 constitucional.

La solución propuesta es factible. La Suprema Corte ha declarado que "la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal en su Título X, que establece los derechos de cooperación es violatoria del artículo 14 constitucional, por cuanto no establece procedimiento alguno en que se oiga en defensa a los afectados antes de que se les formule la liquidación respectiva, y porque el artículo 757 limita el derecho de inconformarse a los casos que el mismo enumera y entre los cuales no se encuentra el de impugnar el costo de las obras realizadas" (Informe de la Suprema Corte de 1950, pág. 58, Segunda Sala).

Tampoco es necesaria para la autoridad administrativa la forma de un procedimiento judicial para acatar el 14 constitucional. "La idea de la Constitución es que en todo procedimiento que sigan las autoridades y que llegue a privar de sus derechos a un particular, se tenga antes de la privación la posibilidad de ser oído y la posibilidad de presentar las defensas adecuadas" (*S. J. de la Fed.*, tomo LXXI, pág. 4156). Imperativo que se puede cumplir cabalmente en un procedimiento administrativo, pues "la connotación de ser oído y vencido no puede referirse sino a la existencia en la ley de un procedimiento especial, en el que se dé audiencia al interesado y oportunidad de rendir sus pruebas" (*S. J. de la Fed.*, tomo LII, pág. 2251).

La Suprema Corte Norteamericana con un mayor alcance ha sostenido el criterio "que cuando por la urgencia de la necesidad pública, o por razones prácticas de eficiencia administrativa o de efectividad, la notificación previa y la audiencia no son aconsejables, se sostiene que la exigencia del debido proceso se satisface si se concede oportunidad posterior al individuo perjudicado para provocar el examen de la validez o corrección del procedimiento administrativo apelando al superior de las autoridades administrativas o a los tribunales o a ambos".²⁸

PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN ADMINISTRATIVA.—Analizados proceso y procedimiento en el Derecho Procesal y, sumariamente estudiado el procedimiento que emplean las autoridades administrativas en la formación de sus actos, concluimos afirmando la naturaleza admi-

²⁵ CHARLES EVANS HUGHES *op. cit.*, pág. 175.

²⁶ *Idem.*, pág. 175.

²⁷ *Idem.*, pág. 10. Prólogo a la obra.

* "La garantía de audiencia que consagra este precepto (art. 14) no sólo es obligatoria para las autoridades judiciales y administrativas, sino también para el Poder Legislativo, de suerte que éste, cuando expide leyes por las cuales vayan a afectarse derechos o posesiones de los particulares, está obligado a establecer que se les oiga y se les den oportunidades de defenderse en el procedimiento que culminará en la afectación de los derechos de los particulares. (Informe de la Suprema Corte, 1946, pág. 61, Segunda Sala.)

²⁸ A. CARRILLO FLORES: *Defensa Jurídica*, pág. 81.

nistrativa del procedimiento de impugnación de los actos administrativos establecido por la ley para inconformarse ante la Administración activa generadora del acto que se impugna. Es el recurso administrativo un procedimiento desarrollado en la esfera de la Administración y no un proceso o juicio ni rúa jurisdiccional promovida ante un tribunal.

Inconsistentes son los argumentos que se esgrimen para sostener que la autoridad administrativa que conoce y resuelve el recurso administrativo realiza con ello una función jurisdiccional. Examinemos los apuntados por el maestro Gabino Fraga en su obra de Derecho Administrativo.^{28 b1*}

a) Que existe una controversia entre el particular afectado y la Administración que ha realizado el acto, de tal manera que esta última tiene que poner fin a esa controversia, decidiendo si el acto recurrido constituye o no una violación a la ley. En su contra se alega:

d') No existe una verdadera controversia pues para ello sería indispensable que las pretensiones de la Administración fueran contradictorias con las del particular, lo que no sucede, pues mientras no haya agotado la vía administrativa, dentro de la cual encaja el recurso, no podrá sostenerse que la Administración sostiene un punto de controversia con el particular.

d'') Opinión nuestra es que exista o no controversia ésta no es el único elemento que configura lo jurisdiccional. Supongamos que existe la controversia, su decisión se deja a una de las partes en conflicto: la Administración. Conclusión repudiada por el propio origen de la función jurisdiccional, la que ha de ejercerse por un órgano estatal frente a las partes en litigio, pues de no ejercerla el Estado sería un arbitraje y, la posición que adopta el Estado, evita que alguien sea juez y parte a la vez, situación última en la que se coloca la Administración en la decisión del recurso. No es exacto que el objeto del recurso sea decidir si el acto impugnado constituye o no una violación a la ley. Esta meta es propia del juez. La Administración actuará conforme a derecho pero su función en el recurso administrativo es hacer un nuevo examen del acto impugnado, que bien puede hacerlo ante los imperativos de la norma legal o ante la realidad de los hechos, para ajustarlo a ellos. Por ejemplo, actuando legalmente, el Fisco califica estimativamente los ingresos de un causante, éste no conforme con los resultados de la calificación, la impugna aportando la documentación necesaria para subsanar las irregularidades que motivaron la estimativa y obtener de la Administración una correcta determinación de sus ingresos atendiendo a los hechos consignados en las contabilidades, facturas, etc. Hipótesis igual se prevé en el inciso a), fracción II del artículo 614 del Código

Aduanero, en que la Dirección General de Aduanas revisando a petición de parte las resoluciones de las aduanas podrá "revocar o modificar las resoluciones, siempre que las oficinas aduaneras hayan juzgado erróneamente los hechos o aplicado inexactamente las disposiciones legales..."

b) Que el recurso está organizado en las leyes con un procedimiento semejante al procedimiento judicial, pues en él se establecen formalidades especiales para iniciarlo, términos de prueba, audiencia de alegatos, etc. En su contra se sostiene:

b') La similitud del procedimiento del recurso administrativo con el procedimiento judicial, no es bastante para concluir que por medio de aquel se realiza una función jurisdiccional, pues las formalidades no trascienden a la naturaleza jurídica de la función.

b'') Innegable es el hecho que el legislador ha organizado el procedimiento de impugnación administrativa siguiendo las fases del modelo judicial: ofrecimiento y desahogo de pruebas, audiencia de alegatos, etc., la terminología delata la imitación: correr traslado, partes, agravios, apelación, proceso, etc. Ya hemos explicado que tal imitación viene a confirmar la unidad del Derecho Procesal, y a poner de relieve las deficiencias del Derecho Procesal Administrativo acusadas por el uso indebido de términos propios de un proceso o juicio en el procedimiento. Asimismo hemos afirmado que la diversidad de procedimientos no impone la diversidad de los poderes: administrativo, legislativo y judicial; o lo que es lo mismo, la naturaleza de la función jurisdiccional no se condiciona a la forma del procedimiento judicial ni de ningún otro. Las reformas que al procedimiento judicial imponga el legislador no disminuyen ni modifican la naturaleza de la función jurisdiccional como tal. El procedimiento estará a las formas que le impriman las condiciones de realización de las funciones jurisdiccional, legislativa y administrativa. El empleo del procedimiento legislativo por el juez no conduce a crear una ley (función legislativa); el uso del procedimiento judicial por el poder administrador no se concreta en sentencia (función jurisdiccional); la utilización del procedimiento administrativo o judicial por el legislador no termina en ley (función legislativa). De lo contrario habría que aceptar como correctas las frases de Laband "por una ley (siguiendo el procedimiento legislativo) es posible, tanto decidir un litigio jurídico pendiente como declarar la validez o invalidez de un acto de gobierno, como reconocer o recusar una elección, como otorgar un indulto o amnistía..."²⁹

c) Que de acuerdo con el criterio de la doctrina y de la jurisprudencia, la autoridad administrativa no puede revocar la resolución que dicta poniendo fin al recurso. Se argumenta en contra:

^{28 b1*} GABINO FRAGA, *op. cit.*, págs. 805 y ss., 3ª ed., 1944.

²⁹ CARL SCHMITH. *Teoría de la Constitución*, pág. 169.

c') La irrevocabilidad de las resoluciones que ponen fin a un recurso no basta tampoco para negarle su carácter administrativo, pues existen otros actos administrativos que también participan de ese carácter irrevocable, sin que por lo demás pueda afirmarse como regla general la irrevocabilidad de dichas resoluciones.

c'') La irrevocabilidad de las resoluciones por la autoridad que las dicta, no da tinte de procedimiento al empleado para su producción. Las sentencias de un juez de primera instancia son actos jurisdiccionales indiscutibles e independientemente de lo prescrito por el artículo 683 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales:

"Las sentencias no pueden ser revocadas por el juez que las dicta."

Luego la irrevocabilidad que la ley da generalmente a las decisiones que ponen fin al recurso administrativo no hacen de la autoridad que las dicta, juez, ni juicio al procedimiento seguido para dictarlas, como tampoco es juez ni juicio la autoridad y el procedimiento de producción porque los actos elaborados no puedan ser revocados —de acuerdo con la ley— por la autoridad que los produjo.

d) Que en varias leyes se establece que el particular afectado con una resolución administrativa, puede optar, para reclamarla, entre el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial, lo cual indica que ellos son equivalentes, conclusión que se corrobora con la disposición que esas mismas leyes contienen respecto a que elegida una vía no puede ocurrirse a la otra. Se arguye en contra:

d') Que la ley establezca como paralelos el recurso administrativo y el judicial y que declare que se pierde uno si se elige el otro, no autoriza para concluir que ambos tengan idéntica naturaleza, a menos que se demostrara que es indispensable que todos los actos administrativos deben tener un recurso judicial.

d'') Si son equivalentes procedimiento administrativo y procedimiento judicial por cuanto que ambos brindan al administrado la oportunidad de obtener la satisfacción a sus pretensiones de justicia, pero sólo hasta aquí. Y suponiendo que la ley determine que el ejercicio de la vía jurisdiccional impida después recurrir a la administrativa —y nunca a la viceversa— seguramente para evitar resoluciones contradictorias, se está aceptando de antemano su diferencia.

En suma, estamos convencidos en que el conjunto de actuaciones mediante las cuales la Administración dicta sus resoluciones, especialmente en cuanto éstas afectan a derechos de particulares, no constituyen un proceso sino un procedimiento.

¿Qué caracteres generales ofrece el procedimiento de impugnación?

No es uniforme la regulación que la ley hace de sus fases y actos

y la doctrina opta por la sencillez de su contenido. Domina un procedimiento escrito, rápido, mayor certidumbre en la terminación del procedimiento sujeto a términos precisos, simplificado hasta pecar a veces de lacónico, mayor vinculación de quien resuelve el recurso con el recurrente que en el procedimiento de producción (audiencia de alegatos), irregular determinación de las pruebas y su valor probatorio, una precisa regulación de las condiciones de notificación de los actos del procedimiento y su resolución; fijación de los actos que pueden impugnarse o libertad para impugnar las decisiones de una autoridad o respecto de una materia, en fin, que la estructuración del procedimiento no siempre es afortunada y coherente.

Contando estos rasgos generales y algunos otros matices, nuestro derecho en la normación del procedimiento de impugnación presenta una doble postura: a) Sigue el modelo judicial, o b) Se separa para crear uno apropiado o cuando menos distinto.

Numerosos son los casos en que sólo se nota una influencia del procedimiento judicial o más bien diríamos que se trata de una participación en una teoría general del procedimiento en que por igual abrevan judicial y administrativo.

En la confección del Reglamento del artículo 133 de la Ley del Seguro Social que establece una inconformidad administrativa ante el Consejo Técnico del Instituto a favor de los patronos, asegurados o familiares, sus autores se colocan en la primera hipótesis. Veamos algunas muestras:

El escrito de inconformidad habrá de cumplir, entre otras particularidades, con:

a) Expresar el nombre y domicilio del recurrente.

b) Mencionar con precisión la oficina o funcionario de que emana el acto reclamado, indicando con claridad en qué consiste ese acto, identificación del documento en que conste el acto que se impugne y la fecha de notificación de éste.

c) Hacer una exposición sucinta de los motivos de inconformidad y fundamentos legales de la misma.

d) Contener una relación con las pruebas que pretenda se reciban para justificar los hechos en que apoye el recurso.

Y para el caso de representante legal:

Con el escrito de inconformidad se recibirán los documentos que justifiquen la personería del promovente, cuando el recurso se interponga por el representante legal o mandatario del inconforme (art. 3°).

El escrito se dirigirá al Consejo Técnico del Instituto y, aun cuando no lo exige se supone: el objeto o cosa que se reclama (art. 4°).

Compárense estos requisitos con los prescritos y exigidos por el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal para la demanda, y la diferencia es mínima.

Además, al interponerse el recurso de inconformidad "cuando el impugnador lo haga en representación de otra persona física o moral, justificará su personería con apego a las reglas del *derecho común*" (art. 9º). Para el caso en que la Secretaría General en uso de las facultades que le otorga el artículo 2º del Reglamento no admita el recurso "procederá el recurso de revocación ante el Consejo Técnico. Este recurso se interpondrá dentro de los tres días siguientes a la notificación del acuerdo recurrido, decidiéndose de plano sin sustanciación alguna" (art. 26). Simil de esta regulación lo encontramos en los artículos 257, 723, fracción I y 725 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que regulan el recurso de queja que se interpone cuando el juez no admite la demanda.

Existe ofrecimiento y admisión de pruebas: "las pruebas se admitirán en cuanto se relacionen estrictamente con la controversia y no sean contrarias al derecho o a la moral" (art. 13). Parecidas disposiciones fijan los artículos 278 y 285 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, al determinar que el juzgador para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos podrá valerse de cualquiera prueba "sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral" y que "el tribunal debe recibir las pruebas que le presenten las partes siempre que estén permitidas por la ley y se refieran a los puntos cuestionados".

Hay un período de recepción y práctica de las pruebas, "para la recepción de las pruebas se señalarán las fechas que sean necesarias para que tengan lugar las distintas diligencias propuestas" (art. 14), "las pruebas deberán rendirse en un plazo de quince días que podrá ser prorrogado por una sola vez, a juicio de la Secretaría General" (art. 16); cumplidas tales disposiciones, "se pronunciará el fallo respectivo dentro del término de quince días" (art. 17).

Las pruebas que se pueden ofrecer: la documental, la pericial, de inspección, testimonial e informes que rindan las dependencias o funcionarios del Instituto en relación con el caso a debate, sin admitirse la confesional (art. 12); regulándose las cuatro primeras en términos semejantes a como lo hace el Código de Procedimientos del Distrito. Y "la apreciación de las pruebas se hará conforme a las reglas del derecho común, a menos que el Consejo Técnico estimare conveniente apartarse de ellas, en cuyo caso razonará cuidadosamente la parte conductente de su fallo..." (art. 20).

Por último, se emplean algunas expresiones como "se dará vista" "se correrá traslado" (art. 5º), que recuerdan el procedimiento judicial. Junto a esta orientación, el párrafo final del artículo 8º del citado Reglamento dispone que en materia de notificaciones "se estará a lo que disponga la sección segunda del capítulo IV, título IV del Código Fiscal de la Federación. Esto en cuanto al Instituto Mexicano del Se-

guro Social, organismo fiscal autónomo, según artículo 135 (reformado por Decreto de 28 de febrero de 1949).

Aisladamente encontramos en artículos de leyes administrativas o fiscales frases o actuaciones familiares al procedimiento judicial.

El artículo 94 del Reglamento de Mercados en su párrafo segundo dispone:

"El *auto de admisión* del recurso será notificado al recurrente por correo al domicilio que hubiere señalado."

Aplicase supletoriamente el Derecho Civil:

Art. 24. "A falta de disposición expresa en este Reglamento, se aplicarán supletoriamente..."

"V.—El Derecho Civil y Mercantil, cuando exista analogía, identidad o mayoría de razón."

El artículo 15 del Reglamento de 10 de marzo de 1947, para el Servicio de Justicia en materia de multas por infracción a los Reglamentos Gubernativos del Departamento del Distrito Federal (Recurso de revisión ante la Junta Revisora de Multas) establece:

"Los instrumentos públicos que se presenten como prueba ante la Junta Revisora, se valorarán de acuerdo con las reglas establecidas por el derecho común."

Del Código Aduanero el artículo 614 dispone:

"Es facultad de la Dirección General de Aduanas revisar, de oficio o a petición de parte, las resoluciones de *primera instancia* en los *juicios administrativos* por infracción de acuerdo con las siguientes normas..." (véase *supra*, pág. 74).

La revisión de oficio tiene por objeto:

c) Decretar la nulidad de los fallos, cuando se hayan violado preceptos constitucionales, penales o fiscales, y dictar nuevo fallo...

Para la sistematización, uniformidad y certeza del procedimiento de impugnación administrativa se necesita atender a principios o reglas comunes:

1. La inconformidad se presentará desde el día siguiente al en que surta efectos la notificación del acto impugnado o al día siguiente de notificado el acto.

2. El lapso para interponerla. Fluctúa normalmente de diez a quince días hábiles, pero en ocasiones es de cinco días (art. 8º, Reglamento del Impuesto sobre Alcoholes, Aguardientes y Mielles Incrustalizables —28 de noviembre de 1942; art. 752, párrafo segundo de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal— 31 de

diciembre de 1941) o de 30 días (art. 300, Código Sanitario, publicado el 1º de marzo de 1955).

3. La inconformidad, reclamación, solicitud, oposición, alzada (no demanda ni segunda instancia) se presentará por escrito. Excepcionalmente en forma oral (art. 18 del Reglamento de 10 de marzo de 1947—recurso de revisión ante la Junta Revisora de Multas del Departamento del Distrito Federal).

4. Requisitos del escrito de impugnación administrativa:

a) Nombre y domicilio del inconforme.

b) Del representante legal si lo hay, indicar nombre, lugar para notificación y exhibir carta poder.

c) Autoridad, oficina, dependencia, u órgano administrativo autor o emisor del acto impugnado.

d) Acto o actos impugnados. No sólo la resolución se puede impugnar sino también, o únicamente, actos del procedimiento de elaboración de la resolución. Es decir, el recurso administrativo, la inconformidad puede interponerse contra la resolución que califique, clasifique, liquide un impuesto, imponga una multa, niegue un permiso o autorización o cualquiera otra resolución; pero, además, contra actos u omisiones ilegales realizados por la autoridad en el procedimiento productor de las resoluciones. Antecedente lo tenemos en el artículo 26 del Reglamento del artículo 133 de la Ley del Seguro Social (D. O., 17 nov., 1950) "contra las resoluciones de la Secretaría General en materia de admisión del recurso y de las pruebas ofrecidas procederá el recurso de revocación ante el Consejo Técnico..." Con el mismo propósito el Código Fiscal de la Federación dispone:

"Art. 160.—Las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación conocerán de los juicios que se inician:

"V.—Contra el procedimiento administrativo de ejecución por quienes, habiendo sido afectados por él, afirman:

"4º.—Que el procedimiento coactivo no se ha ajustado a la ley. En este último caso, la oposición no podrá hacerse valer sino contra la resolución que apruebe el remate; salvo que se trate de resoluciones cuya ejecución material sea de imposible reparación."

Resulta por tales conceptos loable y justo el principio general del Derecho Administrativo Alemán declarado en el artículo 36 de la Constitución de Württemberg de 1819:

"Toda persona tiene derecho a recurrir por escrito ante la superioridad por el procedimiento ilegal o antirreglamentario seguido por una autoridad pública al dictar una resolución o por su demora, y de inter-

poner sucesivos recursos en caso necesario hasta la autoridad suprema."³⁰

Esto último en nuestro medio jurídico serían Tribunales y la Suprema Corte de Justicia. Por lo cual propugnamos, asimismo, que no se individualicen por la ley los actos contra los cuales proceda el recurso administrativo, limitándose, acaso, a aquellos que regulados por la norma legal habrán de ajustar la conducta de la Administración.

e) Identificación del documento u oficio en que se haga conocer al particular el acto impugnado: fecha, autoridad que lo firma, dependencia que lo gira, etc.

f) Las razones de su inconformidad que pueden ser de hecho y legales, pero estas últimas no serán exigencia ni requisito para la admisión del escrito de inconformidad ni para que la autoridad examine el acto impugnado. Así:

"No será necesaria la intervención de patronos, ni se requiere que las promociones se funden en derecho para que la Junta Revisora esté obligada a avocarse al conocimiento del asunto y a resolver el recurso intentado en los términos de este mismo Reglamento" (Reglamento de 10 de marzo de 1947, recurso de revisión ante la Junta Revisora de Multas).

g) Ofrecimiento de pruebas.

5. La autoridad comunicará por escrito el acto impugnado al particular, indicándole el derecho que tiene para recurrirlo y el término señalado para ello. Sin este requisito no correrá el término para la interposición. (Código Sanitario, art. 301.)

6. Se precisará la autoridad u oficina que conocerá de la inconformidad y ante quien se puede interponer; que bien puede ser la misma que dictó el acto, su superior jerárquica u otra especial, en el primer caso y, ante la que conocerá del recurso, quien notificó el acto o la que señale la ley en el lugar en que resida el inconforme, en el segundo caso; existiendo para las dos últimas autoridades la obligación de dar pronto trámite a la remisión del escrito a la autoridad del conocimiento (3 ó 5 días).

7. La forma de notificar sus decisiones la autoridad. Personalmente, por oficio, por lista, según sea el caso.

8. El escrito de inconformidad se presentará personalmente ante la autoridad que corresponda o por medio de correo certificado, teniéndose por presentada en este caso en el momento de su depósito en la oficina postal.

³⁰ F. FLEINER. *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 185.

9. Medios de prueba. Que la autoridad tomará en cuenta y el particular aportará.

a) Pensamos que siendo la función del recurso administrativo un nuevo examen que de sus actos hace la Administración, ésta debe contar con la libertad suficiente para cumplir con tal cometido sin estar sujeta para comprobar las pretensiones del recurrente y de la situación que se presenta a su reconsideración a pruebas determinadas ni sistema tasado de pruebas alguno. Es decir, que la Administración puede emplear y practicar los medios probatorios que juzgue convenientes para el conocimiento de la cuestión y sin someterse en la estimación y valoración de las pruebas a regla alguna, que maniataría su criterio. El límite estaría en la prohibición que le impusiera el propio derecho para usar y practicar algunas pruebas, colocándola en el campo de la legalidad que le corresponde. Acaso, por su naturaleza se enumeren algunos actos, diligencias o actuaciones en que la autorización expresa de la ley es indispensable: requerimientos para la presentación de libros de contabilidad, documentos, informes, visitas de inspección, etc.

b) Diríamos que lo visto para la autoridad justifica en buena parte la libertad que el particular recurrente debe tener para aportar las pruebas que a su juicio demuestren sus reclamaciones. Ellas habrán de referirse estrictamente a éstas y no a los puntos controvertidos como suele afirmarse. Inicialmente la controversia es el acto de la Administración y la inconformidad, pero a ésta se aúna generalmente una petición consistente en la revocación, modificación o anulación del acto, efectos que pueden resultar no de la solución de tal controversia sino de una reconsideración de los actos y la nueva claridad arrojada por las pruebas y datos obtenidos por la autoridad. Es decir, no hay una fase en el procedimiento en que se fijen los puntos en controversia de la Administración y el particular, respecto de los cuales éste presentaría las pruebas. Por lo demás, el objeto directo no es la solución de la controversia que origine la reclamación para lo cual sí estaría apropiada la disposición de tener únicamente en cuenta las pruebas del particular para la solución del recurso, sino la oportunidad que se brinda a la Administración de rever sus actos ante la ley y la realidad de los hechos. Tan es así que la autoridad al decidir el recurso no se limita a las pruebas del particular sino que abreva en otras fuentes. Otra conclusión exigiría una enumeración y sistema tasado de las pruebas del administrado que sujetarían efectivamente a la Administración en la resolución del recurso, de lo contrario ¿qué garantía representa dejar en libertad al particular para que aporte los "medios probatorios" si la resolución puede decir "que conforme a las pruebas presentadas por el inconforme no procede revocar el acto sino modificarlo en tal sentido"? ¿Qué alegaría el particular si la Administración posee libertad para apreciar el valor probatorio de esos medios de prueba?

En suma, el límite de las pruebas del administrado está en su reclamación, sin que suponga ni se exprese sea la única fuente del sentido de la decisión a la inconformidad; además, resultan las pruebas más instructoras que comprobatorias.

Desatinado e incongruente es el párrafo segundo del artículo 197 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (adicionado por Decreto de 30-XII-55; *D. O.*, 31-XII-55, vigente desde 1º—I-56) disponiendo que "sólo se tomarán en cuenta, para resolver la reconsideración, los elementos de prueba puestos a disposición de la autoridad calificadora", ¿esto impide a la autoridad tomar en cuenta otras pruebas? ¿La obligan a relatar en su decisión la forma en que apreció aquellas pruebas? ¿Qué garantía de justicia hay para el administrado si la autoridad aprecia libremente el valor de sus pruebas? Unamos a este tipo de justicia algunas limitaciones: el recurso de reconsideración sólo procede "contra las resoluciones dictadas por los organismos calificadores o liquidadores por las que se les califique, clasifique o liquide el impuesto relativo"; el "recurso versará sobre las contradicciones entre lo asentado por los representantes de la Secretaría de Hacienda, y lo manifestado por el interesado en el acta o en el escrito a que se refieren los párrafos 2º y 3º del artículo 184, en relación con la calificación de su declaración". Refiriéndose al acta, dice el párrafo segundo:

"Concluidas las auditorías a que se refiere el párrafo anterior (practicadas para poder calificar las declaraciones de los contribuyentes) se levantará acta circunstanciada de los hechos observados, en la cual, el contribuyente deberá manifestar expresamente, en forma también circunstanciada y bajo su firma, si los hechos son ciertos o las causas por las cuales no lo son, para que la autoridad calificadora cuente con elementos de juicio."

Aludiendo al escrito, el párrafo tercero establece:

"Las observaciones a la auditoría a que se refiere el párrafo anterior, podrán también hacerse valer por escrito ante la Dirección del Impuesto sobre la Renta durante los cinco días siguientes a la fecha en que se haya firmado el acta."

Ante estos párrafos nos preguntamos: ¿qué objeto tiene el término del artículo 197: "Los contribuyentes podrán ocurrir por escrito, dentro del término de quince días hábiles contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación, ante el Director del Impuesto sobre la Renta..."? ¿Es para formalizar las observaciones del párrafo segundo del artículo 184 o para recordar las del tercero?

Limitativo también lo es en este aspecto el capítulo que regula el recurso de reconsideración de la ley de impuestos a las industrias de

alcohol y aguardiente (arts. 60, 61 y ss.). Las pruebas serán únicamente: la pericial y la documental. Esta última limitada al permiso, rectificación del permiso y a los planos o inventarios que haya presentado a la Junta de acuerdo con la fracción primera del artículo 37. Con tales elementos de prueba sólo se impugnarán: el permiso o rectificación del permiso concedido por la Junta Técnica Calificadora de Alcoholes, y de éstos sólo lo que se refiera a: el volumen mínimo de producto, alcohol o aguardiente cuya elaboración se autoriza como obligatorio para el causante: la clase de materia prima que deberá emplearse en la elaboración. Cuando la materia prima autorizada sea miel incristalizable, se fijará la cantidad que deberá emplearse y su densidad se entenderá siempre referida a 85° Brix; el tiempo fijado en días y horas, o por períodos semestrales o trimestrales según proceda, que se autoriza para la elaboración (fracs. III, IV y V del art. 55 de la ley).

10. *Decisión del recurso.* Formada la convicción fáctica y jurídica de la autoridad ésta decidirá el recurso. Bastará con que la decisión se objete en los términos del artículo 16 constitucional "mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento", para tenerla como legal y completa sin llegar a exigirse meticulosidades de: relación de hechos, considerandos, puntos resolutivos, formato de las sentencias judiciales.

11. *Efectos del recurso.* Ya en condiciones de resolver, la autoridad administrativa podrá revocar, anular, modificar o confirmar el acto o actos impugnados. Estas decisiones son por lo general irrevocables, es decir, no existen recursos dentro de la esfera de lo administrativo para impugnarlas. Situación benéfica que pone coto a la cadena indefinida de reconsideraciones o revisiones administrativas contrarias a una justicia expedita y efectiva. Procedente es que el administrado inconforme con ellas incoe el juicio fiscal o judicial correspondiente para atacarlas.

12. *Notificación de la decisión.* Comunicará la autoridad en forma personal la resolución que dicte poniendo fin al recurso. Cualquier obstáculo que se presente haciendo imposible tal forma de notificación, obligarla al legislador a suplir con medios idóneos la notificación personal.

La uniformidad y unificación de las nociones y puntos del procedimiento de impugnación administrativa esbozados, permitiría crear principios generales reguladores de un procedimiento que aportaría un elemento valioso para la estructuración de un código administrativo que reflejaría un Estado de Derecho y un Estado de Justicia.

El recurso administrativo es el educador jurídico de la buena marcha de la Administración, el tutelador legal de los derechos e intereses

legítimos de los administrados, de él mana la certeza y la seguridad en las relaciones jurídicas de la Administración y los particulares.

Vinculado al estudio del recurso administrativo está el examen del artículo 208 del Código Fiscal de la Federación el cual dispone:

Los recargos que las leyes fiscales establezcan, dejarán de causarse durante la tramitación de las inconformidades que los interesados promuevan, si el adeudo se garantiza con pago provisional en la Tesorería de la Federación o en sus dependencias, o cuando se haya dispensado el aseguramiento del interés fiscal.

Es decir, que quien interpone un recurso administrativo para que no se generen recargos en su contra durante el tiempo que pase para la tramitación del recurso, necesita garantizar el interés fiscal precisamente con un tipo de garantía: pago provisional y ante la Tesorería de la Federación o una de sus dependencias; la falta de cumplimiento a uno de estos dos requisitos producirá recargos en la forma prevista por el artículo 207 del Código Fiscal, o sea 2% sobre el monto del impuesto o derecho por cubrir, por cada mes o fracción que transcurra. Las cuestiones que plantea su aplicación son las siguientes:

1º El causante que para la suspensión del procedimiento de ejecución garantizó el pago del impuesto mediante hipoteca, fianza de compañía autorizada o prenda (art. 12, Código Fiscal), tendrá que hacerlo nuevamente con pago provisional y ante las autoridades indicadas para evitar que durante el tiempo que transcurra para resolverse el recurso administrativo que promovió no se causen recargos en su contra. Doble garantía del interés fiscal.

2º El causante que por su mala situación económica se acoja al beneficio de la fracción VI del artículo 12 del Código Fiscal para el efecto de obtener la suspensión del procedimiento de ejecución, no podría, por ella misma, garantizar el pago del impuesto con pago provisional y, por tanto, evitar que se generen recargos en su perjuicio; a menos, que se atuviera a la gracia de la autoridad que le dispensara el aseguramiento del interés fiscal, parte última del artículo 208 del Código Fiscal. Es el artículo transcrito un precepto legal cuya disposición sólo beneficia al causante en bonanza económica.

3º El precepto legal comentado tiene una eficacia limitada, dos años. En efecto, sólo el 48% del impuesto adeudado se autoriza por el artículo 207 del Código Fiscal por concepto de recargos; 48% que es el equivalente a 24 meses a 2% cada uno. Transcurridos dos años sin que la autoridad administrativa resuelva el recurso y en el caso de no haberse garantizado con pago provisional el impuesto o recibida la "gracia", dejará de operar el citado artículo.

4° Es la más importante cuestión. El artículo 207 que se refiere a los recargos, los califica de indemnización que recibe el Erario Federal por la mora en que incurre el causante para pagar sus adeudos. Pues bien, cuando la autoridad administrativa incurre en mora para tramitar y resolver el recurso administrativo, según el artículo 208 del citado cuerpo legal, recibirá del causante insolvente económicamente, una indemnización: recargos. O sea que por una causa imputable a la autoridad administrativa, la morosidad en tramitar y resolver el recurso, se impone al particular, que no pudo por su penuria económica o falta de liquidez suficiente para garantizar el interés fiscal mediante pago bajo protesta (pago provisional), la obligación de pagar recargos durante el lapso de esa morosidad.

El recurso y otras figuras. Existen otras figuras jurídicas que son afines o semejantes con el recurso administrativo: denuncia, acción popular, reclamación jerárquica, recurso jerárquico impropio.

La denuncia es un medio de poner en conocimiento de la autoridad superior un hecho irregular del inferior, pudiendo comprender el hecho irregular de un particular (denunciar una infracción fiscal). A diferencia del recurso administrativo, la denuncia no tiene forma expresa, no es necesario que se formule por el lesionado por un acto administrativo, no obliga a la autoridad a darle curso; no compromete la responsabilidad del denunciante sino cuando es injuriosa, calumniosa o maliciosa.

Difiere el recurso de la acción popular porque ésta es un medio esencialmente jurisdiccional, se ejerce contra actos de cualquier funcionario, para ella no importa el origen del hecho o acto, si es de funcionario o de un particular; en rigor se ejerce para defender un interés público, que es a la vez interés del actor; es decir, que no requiere de un interés diferencial o legítimo.³¹

La reclamación jerárquica es una instancia que no da al promovente la certeza de que tendrá respuesta, puede la autoridad guardar silencio; no se instituye expresamente en la ley; en cambio, el recurso da al que lo inicia la seguridad de que la autoridad responderá y resolverá sus pretensiones, su establecimiento en la ley es esencial para su existencia misma y, para cuando la administración calla la ley protege al particular presumiendo el sentido de la resolución (silencio de la Administración).

Menos se asemeja al recurso jerárquico impropio en que los autores italianos ven la posibilidad de que el acto impugnado no sea un acto administrativo porque no es un acto de autoridad; ya vimos que nuestra opinión es no concebir el recurso administrativo sino contra actos administrativos.

Derecho de petición. No un simil jurídica sino un mal sustituto del recurso administrativo es el derecho de petición consagrado en el

artículo 8° de nuestra Constitución. Antes y después de establecido el recurso administrativo en las leyes, los particulares lo emplean para inconformarse con actos de la autoridad administrativa que juzgan violatorios de sus derechos. Quienes acogidos a la idea de que el artículo constitucional los faculta para recurrir y obtener resoluciones a su queja de parte de la Administración, dejan transcurrir el término para hacer valer la inconformidad administrativa o para promover el juicio, según corresponda, sin que logren con aquél su propósito.

En efecto la autoridad administrativa que conoce del derecho de petición no queda obligada a realizar un nuevo examen de fondo del acto reclamado ni a resolver sobre la cuestión planteada, su deber está en admitir la promoción y acordar sobre ella y nada más. Tal dispone el texto constitucional:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

Vino la primera crítica al párrafo segundo. Al discutirse en el Congreso Constituyente de Querétaro el proyecto del artículo 8°, el General Esteban B. Calderón pidió que se fijara un tiempo razonable a las autoridades para responder, consideraba que era muy ambiguo el decir que debían hacerlo en breve término. Se desoyó su observación y quedó como tal (sesión del 15 de diciembre de 1916).

Mirando la declaración del párrafo primero, el también constituyente de Querétaro, don Félix F. Palavicini, decía: "Desgraciadamente fue una imprevisión de los constituyentes no fijar sanciones a las autoridades que faltasen al cumplimiento de este precepto. Es uno de los artículos de la Constitución que casi ninguna autoridad respeta y contra las violaciones del mismo los particulares, aun teniendo el recurso de amparo, resultan frustrados en sus derechos por falta de castigo para contra los infractores."³²

Hasta el 21 de febrero de 1940 en que se publica la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados, se oyen las críticas de los constituyentes. En el apartado de los delitos y faltas oficiales de los demás funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales, se expresa:

³² FÉLIX F. PALAVICINI. *Historia de la Constitución de 1917*, tomo I, página 359, 1938.

³¹ RAFAEL BIELSA. *El Recurso Jerárquico*, págs. 38-39, 2ª ed., 1939.

Art. 18.—Son delitos oficiales de los funcionarios y empleados de la Federación y del Distrito y Territorios Federales no comprendidos en el artículo 2º de esta ley (altos funcionarios):

XXXVI.—Volver nugatorio el derecho de petición, no comunicando por escrito al peticionario el resultado de su gestión, dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la solicitud.

El incumplimiento a esta norma legal implica la aplicación del artículo 17:

Las faltas oficiales se sancionarán con suspensión del cargo en cuyo desempeño hubieren sido cometidas, por un término no menor de un mes ni mayor de 6 meses.

Esta sanción sólo podrá hacerse efectiva durante el período que el funcionario o empleado ejerza su encargo y dentro de un año después (art. 4º).

Preceptos legales que dan efectividad a la declaración de la Suprema Corte de Justicia: la circunstancia de que no esté reglamentado este precepto (art. 8º Const.), no autoriza a las autoridades del país a violar la garantía que consagra. (Informe de la Suprema Corte de Justicia, 1946, pág. 61, Segunda Sala.)

De manera que será un acuerdo y no una resolución, el que dicte la autoridad. ¿Pero qué sentido deberá tener ese acuerdo? Basta con que la autoridad dé respuesta o conteste la gestión o solicitud para que cumpla con la exigencia constitucional. Puede declarar que lo pedido está en estudio o trámite e incluso decir que es incompetente para conocer de lo solicitado.

No siendo el derecho de petición un recurso administrativo, su ejercicio produce los mismos resultados que los del recurso administrativo amparado en la costumbre, no obliga a la autoridad a resolver sobre la impugnación del acto administrativo.

Así lo ha declarado la Corte: la autoridad ante quien se interpone no está obligada más que a dar respuesta por escrito y en breve plazo, al peticionario, pero no tiene la obligación de entrar a un nuevo análisis del acto jurídico, cuya revocación se solicita. (*S. J. de la Fed.*, tomo XV, pág. 102; en igual sentido Revisión Fiscal 113/54. Resuelta el 4 de octubre de 1955.)

En síntesis, el derecho de petición jamás obtendrá las consecuencias del recurso administrativo legal: revocación, anulación, modificación del acto por obligación de la autoridad, tal vez por gracia de ésta.

B. CLASIFICACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Toda clasificación obedece a un punto de vista el cual queda determinado por la apreciación subjetiva del clasificador. Punto de vista que no es arbitrariedad sino modo de ver particular del que clasifica. A lo clasificado vendrá un vocablo con significación gramatical o jurídica. En tratándose de los recursos sucede igual. Se toma el efecto del recurso, la autoridad que lo resuelve, la acción que realiza esa autoridad, etcétera.

Comparando las clasificaciones de la doctrina y la regulación de la ley de los recursos administrativos, podemos hablar de dos grandes tipos o grupos de recursos: los que conoce y resuelve la autoridad autora de los actos impugnados y los que conoce y resuelve una autoridad diversa, que puede ser la jerárquicamente superior a la que dictó el acto reclamado o un órgano administrativo especial. ¿Cómo denominar a unos y a otros? Convenimos en llamar a los primeros recursos de reconsideración y recursos de revisión a los segundos. Atiende esta separación a la actitud de reconsiderar el acto propio y revisar el acto ajeno; a la conducta de rectificar o confirmar el juicio formado primeramente sobre un acto y a rever lo hecho por otro para rectificarlo o confirmarlo.

Otras expresiones se usan para calificar a los dos grupos de recursos. Al de reconsideración llámasele también, recurso de reposición,³³ de oposición,³⁴ revocación,³⁵ reclamación;³⁶ al de revisión denominásele igualmente recurso jerárquico,³⁷ revisión jerárquica,³⁸ recurso de alzada,³⁹ jerárquico propio,⁴⁰ recurso de nulidad, queja, segunda instancia,⁴¹ etc.

Lo común de ambos es que concluyen en revocar, modificar, anular o confirmar el acto impugnado. Difieren por cuanto que estos efectos se emiten por distintas autoridades: la misma u otra diversa a la que dictó el acto en cuestión. Correspondiendo no obstante una función específica al de nulidad: que todo se anule y vuelva el procedimiento a su estado inicial; el de queja: el superior ordena al inferior que se

³³ CARLOS H. PAREJA. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, pág. 24. 1940; J. VILLAR ROMERO, *op. cit.*, pág. 145; *Legislación Española*.

³⁴ A. CARRILLO FLORES, *op. cit.*, pág. 113; *Legislación Italiana*.

³⁵ GABINO FRAGA, *op. cit.*, pág. 807, 3ª ed.

³⁶ OTTO MAYER. *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, pág. 206.

³⁷ R. BIELSA. *El Recurso Jerárquico*, 2ª ed., 1937.

³⁸ GABINO FRAGA, *op. cit.*, pág. 807, 3ª ed.

³⁹ VILLAR ROMERO, *op. cit.*, pág. 132; *Legislación Española*.

⁴⁰ *Legislación Italiana*.

⁴¹ *Legislación Española*.

cumpla con ciertos trámites de procedimiento, propios de la legislación española, que afectan al procedimiento y no al fondo del recurso pero que como los demás se conocen y resuelven por una autoridad diferente a la que dictó el acto atacado.

Independientemente de la consagración que la práctica, la costumbre o la ley hayan hecho de las mencionadas expresiones, hagamos algunas observaciones. Del primer grupo los vocablos oposición y reclamación nos parecen expresiones más bien genéricas que especificadoras de un tipo de recurso: el de reconsideración; los términos reposición y revocación aluden a efectos de un recurso que pueden compartir recurso de reconsideración y revisión. Del segundo grupo, recurso jerárquico, revisión jerárquica, jerárquico propio, son denominaciones impropias, hacen suponer la existencia de una relación jerárquica entre el órgano administrativo revisor y el órgano administrativo cuyo acto se revisa, que no siempre existe tratándose del recurso administrativo de revisión.

Hemos visto que la doctrina atribuye al hecho de que el recurso administrativo sea resuelto por la misma autoridad que dictó el acto u otra diferente, consecuencias diversas. En el primer caso existe plena libertad para rever el acto, en el segundo el órgano revisor se limita a las reclamaciones del administrado. Nuestra legislación no sigue estas ideas. Por ejemplo, el recurso de revisión establecido en el Decreto de 10 de marzo de 1947, contra las multas administrativas impuestas por infracción a los reglamentos gubernativos del Departamento del Distrito Federal, ante la Junta Revisora de Multas, ésta al resolverlo no limita su acción a las razones de inconformidad que expresa el particular en su escrito (art. 19) sino por el contrario:

Art. 22.—Admitido el recurso, y si las pruebas aportadas por el interesado, al interponerlo, son suficientes, a juicio de la Junta Revisora, entrará ésta desde luego a estudiar el fondo de la inconformidad y dictará en el mismo acto su resolución, revocando o modificando la que sea objeto del recurso.

El párrafo quinto del artículo 63 de la Ley Federal del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles que establece el recurso administrativo de revisión, ni siquiera dice cómo actuará el Director General del Impuesto sobre Ingresos Mercantiles para resolverlo (reformas y adiciones a la Ley Fed. del Imp. sobre Ings. Merc., D. O., 31 diciembre, 1954).

Aceptan nuestras leyes administrativas y fiscales la división de los dos tipos de recursos, aun cuando a veces llame reconsideración administrativa lo que en realidad es recurso de revisión, tal es el caso del artículo 197 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, en que siendo el Director del Impuesto sobre la Renta quien conoce del recurso, no son

sus actos los que se reconsideran, sino las resoluciones dictadas por los organismos calificadoros o liquidadores las que se revisan por él.

De manera que el recurso de reconsideración es el derecho de impugnar un acto administrativo ante la misma autoridad que lo emitió quien habrá de resolver revocando, modificando, anulando o confirmando ese acto. Igual el recurso de revisión sólo que se resuelve por una autoridad diferente a la autora del acto reclamado. Adviértase que la interposición de este recurso se puede hacer ante el órgano administrativo que dictó el acto, pero éste habrá de remitir el expediente al órgano revisor.

La crítica a los recursos administrativos se ha dirigido en el sentido de constituir medios precarios de control jurídico de la Administración, así como ineficaces elementos para la defensa de los derechos de los particulares; ineficacia que se acentúa en el recurso de reconsideración. Miran más —se dice— a la buena marcha de la Administración que a la seguridad y estabilidad de las relaciones jurídicas entre la Administración y los administrados. Se los ve como medios evitativos de procesos; alivio para la actividad judicial que con ellos disminuye.

12. Código federal administrativo y tribunal federal administrativo

Fauzi Hamdam Amad

NECESIDAD DE INCORPORAR A NUESTRO SISTEMA JURÍDICO UN CÓDIGO FEDERAL ADMINISTRATIVO Y UN TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

FAUZI HAMDAM AMAD

I INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo en diversos foros se han alzado voces de connotados juristas, especialmente administrativistas, reclamando la urgencia de incorporar a nuestro sistema jurídico un Código Federal Administrativo y un Tribunal Federal de Justicia Administrativa con competencia totalizadora, salvo casos de excepción, sobre los actos de la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada. El reclamo de tal urgencia obedece, según palabras del recién fallecido maestro Gabino Fraga "... a la integración de un régimen de legalidad bastante para poder afirmar la existencia de un verdadero estado de derecho...". No sólo en tratados de Derecho Administrativo, monografías, artículos, sino también a nivel de tesis profesionales, en las distintas escuelas de derecho del país, se han presentado argumentos sólidos y justificados para lograr, desde el punto de vista jurídico, la actuación unitaria, congruente y sistemática de la Administración Pública y, sobre todo, se han propuesto los instrumentos legales que permitan la realización, o al menos la unidad de intención, de hacer efectiva la llamada Justicia Administrativa, como salvaguarda de los derechos de los administrados frente a la Administración Pública.

Los reclamos no sólo han quedado en frases retóricas y rimbombantes, sino que se han actualizado en anteproyectos de leyes que de una u otra forma han llegado a los Órganos Ejecutivo y Legislativo, quedando paralizados sin explicación alguna.

La creciente injerencia del Estado en la actividad de los particulares mediante un sinnúmero de ordenamientos legales; el aumento desmesurado del aparato burocrático para hacer cumplir tales ordenamientos; la lentitud, muchas veces angustiante; la ineficiencia; la duplicidad de funciones; la inseguridad jurídica; y la arbitrariedad, nos colocan en una situación tan difícil que hoy en día es una necesidad impuergable la ordenación de principio; que gradualmente se institucionalicen, para contrarrestar de manera eficaz

los elementos nocivos de la función administrativa. Es cierto que se ha avanzado, fundamentalmente a partir de la década de los 60's, en cuanto a una reforma administrativa integral, pero tal avance ha sido, básicamente, en el aspecto interno de la administración, conforme a los principios de la ciencia de la administración, mas no en el establecimiento de principios legales que rijan la actuación de la administración. Tan es así que no existen en las leyes administrativas normas que definan lo que es un órgano administrativo, principios de competencia, características de los titulares de los órganos administrativos, elementos de acto administrativo (que es la manera como se expresa precisamente la voluntad del Estado en su función administrativa), efectos por la ausencia de uno o más elementos del acto administrativo (ineficiencia jurídica de los actos), etc. De suerte que cada ley administrativa, con su procedimiento especial, fija sus propios principios, muchas veces contradictorias con otras leyes administrativas, dando lugar con ello a una inseguridad jurídica. Es cierto que por la pluralidad de actividades que puede desarrollar la Administración Pública es a veces necesario tener procedimientos especiales según las materias o actividades. Sin embargo, también es cierto que es necesario formular en una ley un solo procedimiento para la actuación de toda la Administración Pública, mediante principios aplicables a los diversos organismos que la integran, en un marco de un procedimiento general tipo para asegurar un mínimo de unidad de principios y lograr así, junto con el establecimiento de un Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo, la justicia administrativa. Desde luego que hablar de justicia administrativa es concretar, en su especie, una rama de la justicia en general. No puede significar más que una clase de justicia que queda individualizada o concretada por su relación con la actividad pública.

Nuestro sistema legal está aún muy lejos de lograr tal justicia administrativa por carencia de un ordenamiento federal administrativo que fije los principios de la actuación de la Administración Pública y de un Tribunal Administrativo con competencia amplia y bastante que comprenda todos los actos de la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada.

El propósito, pues, de este artículo, es sumar mi voz a la de muchos otros que pugnan por la incorporación de tales instituciones jurídicas.

En las siguientes líneas procuraré, de manera sumaria, fijar las bases y elementos que en mi opinión deberían integrar un Código Federal Administrativo y un Tribunal Federal Administrativo.

II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES PARA UN CÓDIGO FEDERAL ADMINISTRATIVO

Dentro del régimen de derecho en que vivimos y bajo la estructura jerárquica de las normas jurídicas, en primer lugar es necesario resolver si existen bases constitucionales para que el Órgano Legislativo formule y apruebe un Código Federal Administrativo. De manera expresa en el texto constitucional no existe una facultad explícita al Congreso de la Unión para expedir un Código Federal Administrativo. Sin embargo, de acuerdo con el artículo

73, fracción XXX, dentro de las facultades implícitas que tiene el Órgano Legislativo está el fundamento para la formulación de un Código de esa naturaleza, como medio necesario para organizar y sistematizar la actuación del Órgano Ejecutivo en su función administrativa, función que de manera expresa se encuentra prevista en el artículo 89, fracción 1, del propio texto constitucional, al igual que en los artículos 14 y 16 constitucionales que se refieren, respectivamente, al debido proceso legal y al principio de legalidad. Así pues, existen suficientes bases constitucionales para la formulación de un Código Federal Administrativo.

Por otro lado, a propósito el título del Código lo denominé "Federal Administrativo", no de procedimiento administrativo, porque la primera denominación es más amplia que la segunda pues el Código debe contener no sólo las normas procedimentales, sino también los principios rectores de la actuación de la Administración Pública, como más adelante lo señalaré. En efecto, el procedimiento administrativo constituye el conjunto de normas que regulan la serie de actos que realiza la Administración Pública, Centralizada y Descentralizada en que se concreta la función administrativa, para la realización de un fin. A la luz de la teoría general del proceso, de la cual no está ajena el procedimiento administrativo, como especie de otros procedimientos (Legislativo y Judicial), constituye el camino, condicionado jurídicamente, a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior produce una manifestación jurídica de un plano inferior. Caminos de producción jurídica los hay tantos como formas perceptivas que sirven como reglas de producción de otras manifestaciones jurídicas. El motivo político-legislativo que en todo caso justifica la elaboración de un derecho procesal administrativo sería el empeño de proporcionar a los hombres que obtienen su derecho en cada caso en particular, a través de las autoridades administrativas, las mismas garantías de juricidad, o lo que es lo mismo, la misma aplicación justa del Derecho Administrativo material o sustantivo. La necesidad de observar ciertas formas, se considera con razón una garantía al debido proceso legal, esto es, de que el contenido se adapte a la forma. Un procedimiento administrativo es una manera adecuada y eficaz de instrumentar, en el ámbito administrativo, el debido proceso legal consagrado en el artículo 14 constitucional.

Decía en el párrafo anterior que un Código Federal Administrativo no sólo se concreta a establecer el procedimiento administrativo para la producción del acto administrativo final, sino también, debe contener principios rectores de la actuación administrativa. La falta de un Código uniforme en materia administrativa y la carencia, como la indicábamos con antelación, de una unidad integral de las diversas leyes administrativas ha dado lugar a que el Órgano judicial integre principios jurisprudenciales para suplir las deficiencias y las lagunas de nuestros diversos ordenamientos legales administrativos, a fin de procurar la realización de los principios de legalidad y del debido proceso legal.

Es inexplicable que habiendo un derecho material o sustantivo tan rico

carezcan de un derecho adjetivo o formal. Paralelamente a todo derecho sustantivo aparece como efecto necesario y propio un derecho adjetivo. Así el Derecho Civil tiene su Derecho Procesal Civil; el Penal su procedimiento penal, etc.

En estas condiciones un Código Federal Administrativo, a mi entender debiera sujetarse a los siguientes principios fundamentales:

A. Principio de existencia legal de los órganos administrativos

Bajo este principio deberá instrumentarse el conjunto de normas que determinen la legal existencia de los órganos administrativos, estableciendo los elementos para su creación, actuación y extinción.

2. El principio de legitimación del titular del órgano

Bajo este principio habría que señalar los elementos para calificar al titular del órgano como legítimo y los efectos legales por la falta o irregularidad de tal legitimación, es decir, incorporar la teoría del funcionamiento de hecho.

3. El principio de competencia

Delimitar de manera precisa la esfera competencial de los órganos bajo la premisa rectora de que toda competencia tiene que estar atribuida por ley en su origen, al igual que, la manera y términos de delegación de la competencia y su publicidad.

4. El principio del acto administrativo

Bajo tal rubro debe comprenderse el conjunto de normas que definan los elementos del acto administrativo y las consecuencias derivadas de la autencia, total o parcial, de tales elementos, incorporando al Derecho positivo una minuciosa regulación de la teoría de la ineficacia jurídica de los actos administrativos.

5. El principio del silencio administrativo

Comprende el conjunto de normas que definen y esclarecen los efectos del silencio administrativo cuando la autoridad no contesta en un plazo determinado una petición del particular. Bajo este principio se haría efectivo el derecho de petición consagrado por el artículo 8º constitucional. No es el momento en estas notas fijar la política legislativa en cuanto a los efectos del silencio administrativo. Sólo basta señalar que una tendencia para evitar la lentitud en trámites administrativos y, por ende, perjuicio a los particulares, sería en la mayoría de los casos atribuible al silencio administrativo el efecto de resolución positiva ficta o favorable.

6. El principio de economía procesal

Es preciso que las normas que desarrollen el procedimiento se ajusten a los principios de economía, celeridad y eficacia, sin menoscabo desde luego de que las normas contengan disposiciones protectoras y efectivas de la garantía de audiencia.

7. El principio in dubio pro actione

Postula este principio en favor del derecho de acción y, por lo tanto, asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre fondo de la cuestión objeto del procedimiento. De este principio se derivan abundantes aplicaciones como son: la calificación de la autoridad competente para conocer el asunto y la obligación de la autoridad que resulte incompetente de remitir el asunto a la competente; la calificación de un recurso; la advertencia o apercibimiento, según sea el caso, al interesado para que subsane la falta u omisión cometida en cuanto a los documentos exigidos para estar en posibilidad la autoridad de resolver el asunto.

8. El principio de oficialidad

Significa la obligación de los órganos de administración a desarrollar, sin impulso necesario de los particulares, la actividad que sea necesaria para llegar a la decisión final. Obliga a la administración, por el interés público en juego, a desplegar por sí misma toda la actividad que sea necesaria para dar adecuada satisfacción a ese interés.

9. Principio de exigencia de legitimación

Las normas deberán concretar quiénes tienen el acceso, por un derecho subjetivo o interés legítimo, a la Administración Pública, sin perjuicio de establecer las normas de representatividad, de manera que el acceso a los órganos de administración, sea por el propio interesado o por su representante, sea de manera fácil, accesible y sin exceso de formalidades. Quizá para algunas materias, sería conveniente regular el interés indirecto o reflejo.

10. El principio de la imparcialidad en el procedimiento administrativo

Impone todo el régimen de excusas a los funcionarios a fin de abstenerse de toda intervención cuando en ellos concurra alguna de las causas que pudiera presumir el rompimiento de la imparcialidad en la decisión, tales como amistad íntima o enemistad manifiesta, parentesco, relación de servicios, etc.

III. UN TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Mencionaba en el Capítulo de Introducción, que han existido varios intentos, hasta hoy frustrados, para crear un Tribunal Federal de Justicia Administrativa con competencia totalizadora, salvo contadas excepciones, sobre los actos de la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada. Para ello han sido formulados varios proyectos, siendo el último que tuve conocimiento de finales de 1981 que llegó a ser un documento que intentaba convertir al actual Tribunal Fiscal de la Federación en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa ampliando su competencia a todo el ámbito de la actuación administrativa.

Decir Tribunal Federal de Justicia Administrativa implica, aunque someramente, señalar su correcta ubicación histórica y delimitar así la función primordial que desempeñaría dentro de la tutela jurisdiccional en favor del administrado.

Quiero advertir que en el estudio de esta problemática no hay lugar, en principio, para ninguna novedad, en la medida en que las bases del control jurisdiccional por un Tribunal o Tribunales Administrativos ha quedado consagrado a nivel constitucional desde 1946.

Podría indicarse, sin exageraciones, que en última instancia la existencia del Derecho Administrativo descansó, como ya hace mucho tiempo lo señaló Hauriou, sobre dos principios capitales: 1. La teoría del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo contra las decisiones de la administración; y 2. La de la responsabilidad patrimonial de ésta por los daños que de su actividad pueden resultar para los particulares. Me ocuparé únicamente del primero, sin que ello signifique que soslayo el segundo, pero requiere de un estudio especial que rebasa el propósito de estas notas.

Para los efectos que aquí nos interesan, no se trata de escribir la historia de la institución, sino hacer referencia a algunas cuantas notas explicativas de su primer origen y su progreso ulterior, notas que encierran las muchas y profundas polémicas sobre su naturaleza jurídica, su ubicación dentro de la estructura estatal y el contenido de su control jurisdiccional.

En el ámbito del derecho comparado, y como presunto antecedente remoto del Contencioso-Administrativo en México, los tratadistas ubican su origen en el Consejo de Estado Francés, curiosamente inserto en la propia estructura administrativa que es, fundar la primera de las tensiones de las agudas polémicas a las que tenemos que aludir. Es bien conocido de todos que la versión clásica del principio de división o separación de poderes es producto de una interpretación que hizo Montesquieu de la realidad política inglesa de su época. El principio de separación de poderes así interpretado por dicho filósofo dio lugar a dos versiones distintas por parte de los revolucionarios franceses: Una que desembocó en la fórmula de una retención jurisdiccional especial para la administración, es decir, tribunales Administrativos integrados dentro del Poder Judicial y, la otra, según la cual los órganos del Poder Judicial no podrán perturbar, en ningún caso, la

11. El principio de acceso al expediente administrativo

Bajo este principio tendrán que estructurarse las normas relativas al derecho de los interesados, tal como acontece en el procedimiento judicial, de tener acceso al expediente y al contenido de los informes y acuerdos que se produzcan en el propio expediente, salvo contadas excepciones sería válido establecer el secreto del expediente.

12. El principio de gratuidad del procedimiento administrativo

Como una manifiesta agresión al principio de gratuidad debería estructurarse la supresión de la multitud de los mal llamados derechos por la tramitación y obtención de licencias, permisos y autorizaciones, que injustificadamente se imponen a los particulares, duplicando, de manera inconstitucional, la recaudación a los particulares por la actuación de la Administración Pública.

13. El principio de fijación de términos y notificaciones

Derivado del principio de celeridad y de economía procesal, los términos deben tratar de fijarse en plazos cortos y precisos señalando los días hábiles e inhábiles para que tengan lugar las actuaciones administrativas. Igualmente deberán estructurarse las normas relativas a los efectos de los términos.

Asimismo, el conjunto de normas que regulen las notificaciones y la forma y términos de hacerse, y sus efectos jurídicos.

14. El principio de ejecución del acto administrativo

Bajo tal rubro deben integrarse el conjunto de normas atinentes a la ejecución forzosa del acto, respetando escrupulosamente los principios constitucionales (artículos 14 y 16 constitucionales), la suspensión del acto mediante garantía que otorga el particular, y en algunos casos, la posible restitución al estado que guardaba anteriormente al acto administrativo, previa garantía que otorgue el particular. Sobre los efectos restitutorios de la suspensión del acto existen múltiples tendencias doctrinales, pero hay una tendencia marcada, en determinadas hipótesis, de darle efectos restitutorios al acto cuando de conservarse en su estado quedaría consumado irremediablemente si se mantuvieran las cosas en el estado en que se encontrara.

Fundamentalmente bajo tales principios podría estructurarse el Código Federal Administrativo que comprendería muchas aplicaciones y derivaciones de tales principios, con contenido normativo, a fin de que se hagan efectivos los principios de legalidad y debido proceso legal.

actividad de la administración. Esta última prevaleció aunque de alguna manera la primera versión siguió latente y jugando un papel importante. De la primera interpretación de la división de los poderes se explica la localización inicial, que aún subsiste en Francia, de lo Contencioso-Administrativo en órganos integrados en el Ejecutivo. En efecto, el Consejo de Estado inicialmente creado por Napoleón fue un órgano consultivo máximo del Ejecutivo, sin tener facultades de decisión propias, sino sólo hacia proposiciones al Gobierno, quien se reservaba o retenía la facultad de decidir las controversias o actos lesivos a los administrados. Así pues, en su origen el Contencioso-Administrativo nace como un autocontrol de la administración. Sin embargo, y esto parece una paradoja, la primera configuración del Consejo de Estado francés como simple órgano asesor es el motor principal de su consolidación y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa. Paulatinamente con el desarrollo de su actuación fue asumiendo cierta autonomía dentro de la estructura administrativa para pronunciar las decisiones en controversias en que la administración fuere parte, de tal suerte que conservándose dentro de la estructura del ejecutivo le fue delegada la facultad de decisión en las diversas materias atinentes a controversias entre la Administración Pública y los particulares.

En nuestro país, como señala acertadamente el Dr. Jorge Carpizo, podemos decir que el contencioso-administrativo ha quedado básicamente reservado a los Tribunales Judiciales, salvo la efímera vida del Consejo de Estado de Teodosio Lares (la Ley para el Arreglo de lo Contencioso-Administrativo y su Reglamento de Mayo de 1833) y, en la actualidad, desde 1936, por el Tribunal Fiscal de la Federación, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal (1971) y tribunales fiscales en algunas Entidades Federativas (Estado de México, Guanajuato, etc.).

El vocablo contencioso-administrativo tuvo su origen en los Tribunales Administrativos franceses, que se caracterizaron, y se caracterizan aún hoy en día, por ser órganos de la propia administración, que con cierta autonomía resuelven los litigios entre la Administración Pública y los administrados.

A pesar de que nuestro sistema constitucional está estructurado de manera diversa al sistema francés, el término contencioso-administrativo pasó a usarse también entre nosotros con referencia a los litigios judiciales en materia administrativa. Por lo demás, como señala Bosch, González Pérez y otros, el empleo de la expresión contencioso-administrativo es errado, si con ello se pretende hablar de jurisdicción o proceso ya que ambos vocablos indican, de por sí, que estamos en presencia de una naturaleza jurisdiccional. En efecto es ocioso interponer la palabra contencioso a la jurisdicción civil, penal o laboral, ya que el hecho siempre dé decir jurisdicción, sea administrativa, penal, civil o laboral, trae aparejado lo contencioso, lo controvertido. Tampoco es correcto denominar al órgano especial que ejerce la jurisdicción administrativa, ya que con decir Tribunal Administrativo es suficiente, como acertadamente lo expresa el artículo 104 constitucional. Sin embargo, las palabras contencioso-administrativo ha adquirido carta de naturalización en nuestro sistema y al menos es el que menores confusiones provoca. Lo grave

no es el vocablo, o su terminología, sino su naturaleza jurídica y su ubicación dentro de la estructura de los órganos estatales.

Históricamente, salvo el pequeño período de la Ley Lares, las contiendas entre la Administración Pública y los particulares, tradicionalmente han sido resueltas por el órgano Judicial, básicamente mediante el procedimiento del Juicio de Amparo que ha sido el medio o garantía de control de la constitucionalidad y legalidad de la actuación de la Administración Pública. Se pensó durante mucho tiempo que el Juicio de Amparo constituía un instrumento eficaz, suficiente e idóneo para el control jurisdiccional de los actos de la Administración Pública. Por una interpretación extensiva, no acorde con su origen, del artículo 14 constitucional empezó a cobrar fuerza el Juicio de Amparo en las dos últimas décadas del siglo pasado y se hizo extensivo para incluir bajo su fécula el control de legalidad ampliando su esfera y contenido de actuación. Sin embargo, se ha apreciado que dicho medio procesal no ha sido suficiente ni adecuado para el control jurisdiccional de la Administración Pública, básicamente por la falta de especialidad de los jueces para conocer de las diversas materias de competencia del Órgano Ejecutivo y, sobre todo, porque el Juicio Constitucional en última instancia, se aprecia a la luz de las normas constitucionales y no de las normas secundarias las cuales, para los efectos del Juicio de Amparo se aprecian y analizan de manera indirecta.

Cuando en 1936, mediante la Ley de Justicia Fiscal se ubicó al naciente Tribunal Fiscal de la Federación dentro del Órgano Ejecutivo al señalar que sus resoluciones serían adoptadas en nombre del Presidente de la República, independientemente que se le otorgó plena autonomía para emitir sus fallos, inmediatamente provocó arduas polémicas sobre su constitucionalidad dando lugar a que en 1946 se reformara la Constitución, en su artículo 104, para prever la existencia de tribunales administrativos, con lo cual quedó constitucionalizado el Tribunal Fiscal de la Federación y dio pauta y fundamento indiscutible para la formación de Tribunales Federales Administrativos.

Hoy en día, la tendencia es clara y manifiesta, como lo han señalado infinidad de tratadistas, de transformar el actual Tribunal Fiscal de la Federación en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa con competencia para dirimir las controversias entre la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada, y los particulares.

Desde el punto de vista material, o sea, de la naturaleza jurídica de las materias que podría conocer el Tribunal, deberá comprender todos los actos de la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada, que causen alguna lesión o perjuicio a los particulares, salvo aquellas resoluciones o actos que por su naturaleza no fueran lesivos de manera directa a los particulares. Los actos políticos o de Gobierno podrían quedar excluidos mientras no causen lesión a los particulares al igual que cualesquiera otros actos que quedaren sujetos, de manera expresa, a jurisdicción de otros tribunales como serían los de la materia militar.

Formalmente el Tribunal por ningún concepto debe estar sujeto, supeditado o encuadrado dentro de la esfera del Ejecutivo, pues técnicamente ha-

blando ni el actual Tribunal Fiscal de la Federación lo está. Por una reminiscencia histórica de la influencia conceptual francesa se habla de una justicia delegada por el Ejecutivo en los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, cuando constitucionalmente hablando no cabe calificar que tenga una delegación de facultades para emitir sus fallos, sino que sus funciones son propias y originarias derivadas del propio texto constitucional. En efecto, el hecho de que los magistrados del actual Tribunal Fiscal sean nombrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, no queda supeditado al Tribunal al Ejecutivo; porque si esto fuere así también lo estarían los propios ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo nombramiento se hace por el Presidente de la República con aprobación del Senado. El poder jerárquico de nombramiento no es elemento condicionante para supeditar al Tribunal dentro de la esfera del Ejecutivo, más bien es un vicio que impide o dificulta, junto con otros elementos, la auténtica independencia judicial en la emisión de sus fallos. Para que hubiera una supeditación jerárquica al Ejecutivo tendría que estar el Tribunal sujeto a las órdenes y decisiones del Ejecutivo, situación a todas luces inexistente en la categoría de las decisiones que toma dicho tribunal. El hecho de que desde el punto de visto presupuestal se le encuadre dentro del Ejecutivo, tampoco lo vincula a éste. El Tribunal Fiscal de la Federación queda sujeto en última instancia a las decisiones del órgano Judicial Federal, como autoridad revisora de sus actos, y por lo tanto, supeditado estrictamente a dicho órgano. Sin embargo, por una ambivalencia estructural no se ha configurado plenamente en nuestro régimen positivo la desvinculación total al Ejecutivo en cuanto al nombramiento de los magistrados y el control presupuestal. Ideal sería que de formarse un Tribunal Federal de Justicia Administrativa se estableciera, por cuanto a garantía judicial se refiere, la designación de los magistrados mediante el procedimiento de nombramiento por oposición ante un jurado calificador que bien podría ser una comisión de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. Adicionalmente, sería altamente benéfico conceder la inmovilidad en el cargo pasado determinado tiempo, a fin de hacer efectivas las garantías judiciales de independencia integral. En cuanto al ámbito presupuestal, sería conveniente que éste quedara dentro del órgano Judicial Federal, con independencia del Ejecutivo, siendo sólo el conducto de remisión del presupuesto a la Cámara de Diputados, tal como lo establece la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.

Dejo fuera, que sería objeto de un estudio por separado, lo relativo a las materias específicas que serían de la competencia del Tribunal, señalando sólo que debería dicho Tribunal tener competencia, no sólo respecto de los actos administrativos unilaterales, sino también los bilaterales, o sea, los llamados contratos administrativos, sean éstos los que la doctrina denomina Contratos Civiles de la Administración y los propiamente llamados Contratos Administrativos. Sería conveniente eliminar, de una vez, la perniciosa doble personalidad del Estado, que todavía es aceptado en nuestro sistema, para que, cuando menos, en cuanto a competencia se refiere, el Tribunal conociera de todo acto administrativo que afectara o lesionara los intereses de los

particulares y no excluir los mal llamados Contratos Administrativos sujetos al Derecho Privado, pues aun éstos caen dentro del Derecho Público, ya que la competencia, forma, voluntad y fin del acto, siempre están regidos por el Derecho Administrativo y solamente el objeto, en todo caso, estaría regulado por el Derecho Privado.

La estructura, organización, funcionamiento y procedimiento ante el Tribunal han sido ampliamente desarrollados en varios proyectos ya formulados, que han tomado en cuenta, en la mayoría de ellos, los conceptos doctrinales más modernos y la experiencia que se ha tenido del propio Tribunal Fiscal de la Federación.

Por lo expuesto, es imprescindible restablecer el equilibrio de legalidad entre los administrados y la Administración Pública Federal y, para ello, es necesario incorporar a nuestro Derecho Positivo un Código Federal Administrativo, ágil, libre de los prejuicios dogmáticos del viejo derecho administrativo autoritario y, simultáneamente, el establecimiento de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, como órgano controlador de todos los actos de la Administración Pública Federal, Centralizada y Descentralizada, que tenga una auténtica autonomía orgánica y funcional.

13. Concepto de derecho procesal administrativo

Jesús González Pérez

EL DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

Sec. I. El derecho procesal administrativo

I. CONCEPTO

1. *El derecho procesal administrativo como conjunto de normas positivas*

Si el derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del derecho procesal administrativo podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso administrativo. Ahora bien: esta fórmula tan simplista y aparentemente tan convincente por su sencillez, no deja de ofrecer los mismos reparos que los intentos de definir el derecho mercantil o el administrativo como los derechos que regulan el comercio o la administración. Como ha afirmado CARNELUTTI, el proceso, cualquier clase de proceso, se sirve de medios cuya disciplina es el cometido de normas pertenecientes a alguno de los otros grupos. Por ejemplo, para proporcionar al proceso la labor de los oficiales o de los defensores, intervienen normas de derecho administrativo que regulan la relación de empleo judicial, y de derecho civil que regulan la relación de patrocinio. Normas civiles o comerciales rigen también la intervención, en el proceso de expropiación forzosa, de esa figura que es el comprador de los bienes del deudor. A su vez, la observancia de ciertos preceptos procesales se halla garantizada mediante penas, y por ello juegan también en él normas penales. Por último, algunos principios acerca de la estructura del proceso alcanzan tal importancia en nuestro ordenamiento jurídico, que figuran en el ámbito del derecho constitucional¹. Una fórmula, sin embargo, no mucho más complicada que la antes propuesta, podrá servir perfectamente para definir el derecho procesal y el derecho procesal administrativo. El derecho procesal puede ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso²; por lo tanto el derecho procesal administrativo será el "conjunto de normas referentes a los presupuestos, contenidos y efectos del proceso administrativo". "Es cierto —dice GUASP, defendiendo tal definición— que en ocasiones pueden considerarse como presupuestos, contenido y efectos del proceso, diversas circunstancias cuya regulación no corresponde a

¹ CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, t. I, trad. de Alcalá-Zamora y Sentís-Melendo, Buenos Aires, 1944, pág. 87.

² GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. I, Madrid 1943, pag. 41.

las normas procesales; por ello es preciso tener en cuenta que tales normas recaen únicamente sobre tales circunstancias en cuanto repercuten, inmediata o directamente, en el proceso, no en cuanto reúnen una influencia o repercusión anterior"³.

2. El derecho procesal administrativo como ciencia: su autonomía

Al estudiar cada una de las ramas del derecho procesal se plantea el tema de su autonomía: ¿puede hablarse de tantas ciencias autónomas como ramas del derecho procesal suelen distinguirse? (Derecho procesal civil, laboral, penal, tributario...). Al referirnos al derecho procesal administrativo hemos de considerar el problema de su autonomía, no solo respecto de las demás ramas del derecho procesal, sino también —y con carácter previo— respecto del derecho administrativo.

a) *Derecho administrativo y derecho procesal administrativo.*—Tradicionalmente el estudio de las normas jurídicas que regulan lo que se ha llamado "lo contencioso administrativo" se hacía, quizá por influencia de los planes de estudio universitarios, por los tratadistas de derecho administrativo. Aún hoy, no suele publicarse ningún tratado o manual de derecho administrativo sin que entre sus capítulos haya alguno, o algunos, dedicados a estudiar tales normas, en contraste con las obras de derecho procesal, que se han limitado —salvo raras excepciones⁴— al estudio de las normas referentes al proceso civil o, en menor medida, del penal, sin referirse para nada al proceso administrativo. Ello puede hacer pensar en sí, realmente, el estudio de ese conjunto de normas que regulan el proceso administrativo no pertenecerá a la ciencia del derecho administrativo. Aun cuando creemos que la respuesta no puede ser otra que la consistente en afirmar que el estudio de las normas "contencioso administrativas" corresponde al derecho procesal, hay que señalar que no es esta la opinión unánime. Por citar al autor de la primera monografía sobre derecho procesal administrativo recordaremos que LÓPEZ RODÓ, en su estudio *El coadyuvante*, afirmaba: "Reivindicamos la materia para el derecho administrativo porque partimos de la diferencia esencial entre los procesos en que interviene la Administración y aquellos que se ventilan entre particulares, que impide extender la validez de un mismo régimen procesal para uno y otro caso; por tanto, el proceso contencioso administrativo debe estudiarse como parte del derecho administrativo"; sin embargo, añadía: "hasta tanto no adquiera, por su desarrollo, un grado de elaboración que le permita desglosarse del tronco originario, aunque sin prescindir nunca de las debidas relaciones que debe mantener con aquel"⁵. Pero su obra es una prueba evidente de que el único modo de estudiar adecuadamente las normas jurídicas que regulan el "recurso contencioso administrativo" es considerarla como

objeto de la ciencia del derecho procesal. Solo empleando la técnica propia de esta ciencia del derecho podrán plantearse correctamente, y, en consecuencia, resolverse felizmente los problemas que plantean las normas reguladoras del proceso administrativo. Y así se ha llegado a comprender por la doctrina administrativa hispanoamericana, en la que cada día es más frecuente encontrar afirmaciones en este sentido. Y se ha hablado de la inserción del proceso administrativo en la teoría general del proceso⁶, afirmándose que el derecho procesal administrativo no es más que un caso particular del derecho procesal judicial y que ha surgido en consideración a este derecho⁷.

Siempre que se utiliza la técnica procesal en el estudio del contencioso administrativo, poco importa que sea estudiado por procesalistas o por administrativistas. Las personas no importan. Lo que importa es que cuando lo hagan los administrativistas se olviden de su técnica propia y se den cabal cuenta de que están trabajando sobre un campo de la realidad jurídica ajeno al de su disciplina⁸. A la ciencia del derecho administrativo le corresponde —lo que se afirma sin pretensiones de definición— el estudio de las normas jurídicas que regulan la administración, incluso las que regulan eso que los administrativistas llaman "potestad jurisdiccional de la Administración" y que, indudablemente, ha de considerarse como una realidad extrajudicial, y, por tanto, extraprocesal, ya que para que se dé actividad jurisdiccional, y, en consecuencia, un proceso, es imprescindible la existencia de un órgano estatal imparcial e independiente, creado con la misión específica de examinar y actuar, en su caso, las pretensiones que una parte esgrime frente a otra⁹.

b) *Derecho procesal administrativo y derecho procesal.*—Pero si, a nuestro entender, no ofrece duda que las normas reguladoras del proceso administrativo deben ser estudiadas con independencia de las normas jurisdiccionales administrativas, no está tan claro que el derecho procesal administrativo, como el derecho procesal laboral y otras ramas del derecho procesal deban considerarse autónomas entre

³ BEZZI, *El contrato de obras públicas*, 2ª ed., Buenos Aires, 1981, pág. 398, y *Bases y principios que deben informar el contencioso administrativo*, "JUS", núms. 32 y 33, 1982, págs. 3 y ss.

⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1950, pág. 148, al que sigue DIEZ, en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, VI, pág. 18, si bien añade: "no dejamos de reconocer que el proceso administrativo es en buena medida parte del derecho procesal y en otra del derecho administrativo. Así entendemos que el concepto de derecho subjetivo e interés legítimo que se utiliza en el proceso administrativo pertenece al derecho administrativo. Que si se ataca un acto administrativo, viciado por incompetencia, ante un órgano judicial es el derecho administrativo el que nos va a dar los elementos para establecer si el órgano que dictó el acto es o no competente".

⁵ En el mismo sentido, VIVANCOS, en *Las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo* (Barcelona, 1963), pág. 115, al afirmar que "el contencioso administrativo se conecta con el derecho administrativo solo a través del objeto del proceso". Análoga posición defienden SERRA ROJAS en *Derecho administrativo*, 2ª ed., México, 1961, págs. 1128 y 1129; D'AVILA, *Curso de derecho administrativo*, La Paz, 1960, págs. 423-427, al decir: "Lo contencioso administrativo es una realidad caracterizadamente procesal y no administrativa", y DIEZ, *Derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, 1983, pág. 10.

⁶ Resultado por GUASP, "Problemas fundamentales de organización judicial", en *RE*, núm. 45, 1949, págs. 133 y ss.

³ Comentarios..., cit., t. I, pág. 41, nota.

⁴ Así en los tratados antiguos de LASTRES, *Procedimientos civiles, criminales, canónicos y contencioso administrativos*, 2 tomos, 11 ediciones, Madrid, 1871 a 1902; PARRA IBÁÑEZ, *Curso elemental de derecho procesal español civil, penal, administrativo y canónico*, Madrid, 1889. Cuando en los tratados o manuales de derecho procesal se hacen algunas referencias al proceso administrativo, se trata de referencias en su mayor parte incidentales, no de verdaderos estudios sobre el proceso administrativo.

⁵ *El coadyuvante en la contencioso administrativo*, Madrid, 1943, pág. 15.

si. Parece admitirse la autonomía del derecho procesal penal respecto del derecho procesal civil, bien partiendo de la inexistencia de unidad del proceso, bien porque, aun partiendo de la unidad del proceso, se reconozcan los diferentes principios que inspiran una y otra rama del derecho procesal. Pero cuando el problema se refiere al derecho procesal administrativo y al derecho procesal laboral, la solución no es, ni mucho menos, unánime. No faltan autores que niegan toda razón de ser a la autonomía. Entre los procesalistas españoles se niega rotundamente la autonomía por PINA, al afirmar: "en sentido rigurosamente técnico, solo cabe reconocer dos manifestaciones del derecho procesal —la civil y la penal—, sin perjuicio de aceptar la posibilidad de la concepción de una teoría general del derecho procesal. Realmente, el derecho procesal administrativo, el del trabajo, el fiscal, no son más que ramas particulares del derecho procesal civil, sin que pueda atribuirseles la autonomía que algunos autores les reconocen¹⁰. Con más moderación, se inclina también por la negativa ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO¹¹. Sin embargo, refiriéndose al proceso laboral, MENÉNDEZ PIDAL no titubeaba al afirmar: "No puede ponerse hoy en duda la autonomía científica del derecho procesal social necesario a la jurisdicción especial del trabajo, evidenciándolo así el hecho de que casi todas las legislaciones y tratadistas regulan y hacen el estudio de los procedimientos ante la misma"¹².

No puede ignorarse que las normas reguladoras del proceso administrativo y del proceso laboral se inspiran en los mismos principios que las que regulan el proceso civil. Es más, en muchos casos son las mismas normas las que regulan uno y otro¹³. Las especialidades que ofrecen aquellos respecto del proceso civil son mínimas. Por eso, refiriéndose concretamente al proceso administrativo, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO ha podido afirmar que "si existen motivos para implantar una jurisdicción y una judicatura *ad hoc* para lo contencioso administrativo, no los hay, en cambio, para promulgar un Código procesal íntegro al servicio exclusivo de las mismas"¹⁴. No obstante, partiendo de la unidad fundamental del derecho y reduciendo el problema de las autonomías a sus justos límites, no existe obstáculo alguno para afirmar la conveniencia de estudiar las normas reguladoras del proceso administrativo con independencia de las que regulan el proceso civil, sin olvidar

la analogía —e identidad en muchos casos— entre unas y otras. De otro modo, persistiría el actual estado de cosas en que la nota dominante es el abandono —los procesalistas no se ocupan para nada del proceso administrativo— o el empleo de una técnica totalmente inadecuada —los administrativistas estudian el proceso administrativo con olvido de que se trata de una realidad ajena a su disciplina—. Esta especialización, sin olvidar la unidad fundamental entre los distintos procesos, permitiría llegar cuanto antes a una teoría general del proceso, en la que hoy solo puede pensarse como una meta lejana, pues solo estudiando a fondo cada uno de los tipos de proceso y viendo hasta dónde son comunes los principios y las normas que les informan podrá llegarse a un sistema general y básico que constituya la teoría general del proceso¹⁵.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Siendo el derecho procesal administrativo una rama del derecho procesal, la determinación de su naturaleza jurídica, no ofrecerá problemas distintos de la del derecho procesal en general. En consecuencia, el estudio de su naturaleza se traducirá en las siguientes cuestiones: determinar su carácter público o privado, precisar el alcance de su valor instrumental y decidir acerca del carácter dispositivo o imperativo de sus normas.

1. Carácter público del derecho procesal administrativo

Si ofrecer una fórmula clara que permita deslindar el derecho público del privado es tarea poco menos que imposible, como lo demuestra el número casi infinito de teorías propuestas¹⁶, incluir el derecho procesal administrativo —y el derecho procesal en general— en una de las dos grandes ramas en que se divide el derecho, apenas ofrece dificultad. En la situación actual no puede negarse el carácter público del derecho procesal, por cuanto es el derecho que se refiere al proceso, y el proceso no es otra cosa que la concreción de una función estatal: la jurisdiccional. En el proceso actúa el Estado sin olvidarse de sus prerrogativas de poder para lograr una finalidad de interés general: el mantenimiento de la justa paz comunal. Y si esta naturaleza pública puede afirmarse incluso de aquella rama del derecho procesal

¹⁰ *Curso de derecho procesal del trabajo*, México, 1952, pág. 8. Se ha dicho que el proceso administrativo es una hijuela del proceso civil. Así, PRIETO CASTRO, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Pamplona, 1982, pág. 83.

¹¹ Que denomina al proceso administrativo "cuasivil". Cfr. *RFDMex*, núms. 1-2. Sección de Bibliografía. Pero en *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2ª ed., México, 1970, pág. 136, reconoce la división de procesos por la "materia litigiosa" afirmando: "podría darse el caso de que el procedimiento fuese el mismo o muy parecido, e incluso que se sustentase ante los mismos tribunales, y, sin embargo, la distinta índole del litigio y del pronunciamiento jurisdiccional que lo decida haría que se trate de diferentes tipos de proceso por razón de la materia litigiosa, o sea, de su contenido".

¹² *Derecho procesal social*, 2ª ed., Madrid, 1950, págs. 6 y ss.

¹³ En la regulación del proceso administrativo se ve claro con sólo pensar que la legislación procesal civil rige como supletoria, según la generalidad de las legislaciones hispanoamericanas sobre proceso administrativo.

¹⁴ Cfr. *BIDC*, III, núm. 8, 1950, pág. 395.

¹⁵ Por eso se ha llegado a afirmar la necesidad de crear cátedras especiales sobre la materia. En este sentido, ya GALLOSTRA, *Lo contencioso administrativo*, Madrid, 1881, págs. 1 y ss.; y PI SUÑER, *Lo contencioso administrativo*, 1928, págs. 3 y ss.; CARMONA ROMAY, en *Derecho procesal administrativo*, La Habana, 1946, pág. 5, afirma: "Existe una ciencia jurídica nueva que reclama, con plena razón, su lugar en la enciclopedia de las ciencias jurídicas. Es el derecho procesal administrativo", si bien refiere la expresión a los procedimientos administrativos. Y, últimamente, BOSCH, al revisar la 1ª ed. de mi *Derecho procesal administrativo* (en "La ley", Argentina, 6 de abril de 1956), también propugna la creación de cátedras de derecho procesal administrativo.

¹⁶ ROYO-VILLANOVA recuerda la monografía publicada en los primeros años del presente siglo por HOLLINGER (*Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht*, 1904), en la que dicho autor cita hasta 104 teorías intentando matizar la distinción.

que regula un proceso cuyo objeto son pretensiones fundadas en derecho privado¹⁷, con mucho mayor razón debe postularse tal naturaleza para el derecho referente a un proceso en el que las pretensiones se fundan en normas jurídicas públicas.

2. Carácter instrumental del derecho procesal administrativo

Tradicionalmente ha sido considerado el derecho procesal como una disciplina de carácter secundario o instrumental respecto del derecho material, de ahí que se le haya llegado a designar "derecho adjetivo" o "derecho formal". GUASP, reaccionando contra esta afirmación, ha dicho que, indudablemente, el derecho procesal es un derecho instrumental, pero no del derecho material, sino de otras finalidades superiores a las que el propio ordenamiento jurídico material es: a igualmente subordinado: jurídicamente, la sustantividad de la actividad procesal, actuación de pretensiones, hace que las normas a ellas referentes sean sustantivas también¹⁸. La base de esta posición está en la concepción del proceso, no como institución que tiende a la actuación de la ley, a la tutela de los derechos subjetivos o a una justa composición de la litis, sino como institución de satisfacción de pretensiones, y la noción de pretensión es una realidad primaria desde el punto de vista jurídico, no subordinada a ningún concepto. En efecto¹⁹:

a) Aun cuando la pretensión procesal no surge normalmente hasta que fracasan las intimaciones extrajudiciales, esto es dice nada en contra de la subordinación del concepto, como tampoco dice nada en contra de la institución de la separación de personas y bienes del matrimonio el que antes haya habido tentativas para una avenencia amistosa entre los cónyuges.

b) Aun cuando el órgano jurisdiccional acoge o deniega la pretensión en razón de su relación con el derecho objetivo, ello no quiere decir que el proceso sea una actuación subsidiaria del derecho material, no es que el órgano jurisdiccional tenga que actuar la ley y espere para ello a que el interesado se lo pida, sino que el órgano jurisdiccional tiene que actuar la pretensión, y para saber si ha de actuarla tiene que valerse del derecho objetivo.

¹⁷ En este sentido, los tratadistas del proceso civil y algunos civilistas, como DE BUEN, al afirmar: "Ciertamente es que el procedimiento civil es un modo de hacer valer los derechos privados, y, en este sentido, se relaciona con el derecho privado; cierto también que el derecho procesal está movido por el impulso privado, al que en nuestra ordenación positiva se reserva la iniciativa, pero ello no impide el hecho fundamental de que en el procedimiento entre en relación el titular de un derecho privado con el Estado, poniendo los medios necesarios para obtener de este una declaración de un derecho y ejecución consiguiente; y, por esta razón, el derecho procesal es un derecho público". Cfr. *Introducción al estudio del derecho civil*, pág. 38.

¹⁸ *Comentarios...*, cit., t. 1, págs. 38 y ss., y *Derecho procesal civil*, t. 1, 2ª reimprisión de la 3ª ed., Madrid, 1977, págs. 32 y ss. El fenómeno se produce a mediados del siglo XIX, acabando lo que SPERD, llamó "servidumbre del derecho procesal respecto del derecho material" ("Il processo civile nel sistema del diritto, in *Studi in onore di Chiovenda*, pág. 809), y ha sido descrito sugestivamente por ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición y autodefensa* cit., págs. 104 y ss.

¹⁹ Las ideas que se exponen a continuación son de GUASP, *Comentarios...*, cit., t. 1, págs. 38 y ss. Para más detalles sobre el concepto de pretensión, vid. *La pretensión procesal*, Madrid, 1981.

c) En muchos casos —aun cuando esto no ocurre en el derecho procesal administrativo—, al órgano jurisdiccional se le permite actuar la pretensión comparándola no con el derecho material, sino con otros criterios normativos distintos, por ejemplo, las exigencias de la equidad.

3. Carácter imperativo de las normas procesales administrativas

El carácter público de estas postula su carácter imperativo; precisamente se ha pensado que un exponente de la publicación del derecho consiste en la intervención del Estado en las relaciones jurídicas privadas haciendo de la norma jurídica por aplicar una norma obligatoria. Luego si hemos afirmado el carácter público de las normas procesales, la lógica consecuencia será que tales normas son *ius cogens*, aun cuando GUASP, refiriéndose a las normas procesales civiles, haya encontrado normas particulares en las que existe una concesión de voluntad a las partes para que dicha voluntad integre el mandato legal²⁰.

Las normas reguladoras del proceso administrativo son imperativas, de *ius cogens*.

14. Concepto y categorías de la jurisdicción administrativa

Héctor Fix Zamudio

La jurisdicción administrativa. Concepto y categorías

SUMARIO: I. Justicia y jurisdicción administrativas. II. Categorías de la jurisdicción administrativa: A) Proceso tributario o fiscal. III. B) Extensión de las facultades de los tribunales administrativos: a) Jurisdicción retenida. IV. b) Jurisdicción delegada. V. c) Plena autonomía. VI. Por los efectos del fallo: jurisdicción de nulidad y plena jurisdicción.

1. Justicia y jurisdicción administrativa.

88. En primer término es preciso delimitar dos conceptos que se confunden con frecuencia en la práctica, pero cuyo deslinde posee consecuencias importantes en la legislación y en la jurisprudencia: nos referimos a la *justicia* y a la *jurisdicción administrativa*.

89. Desde nuestro punto de vista, el vocablo *justicia* administrativa se puede utilizar en sentido propio, entendiéndolo como el género que comprende a todos los instrumentos jurídicos que los diversos ordenamientos han establecido para la tutela de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de los administrados frente a la actividad administrativa, es decir, como lo señalamos anteriormente y sólo en vía de ejemplo, la justicia administrativa comprendería las leyes de procedimiento administrativo; los recursos internos; el *Ombudsman*; el Comisionado o las Comisiones para la vigilancia de los medios de la informática, así como cualquier otro tipo de control jurídico sobre las autoridades administrativas.⁸⁸

⁸⁸ En relación con la multiplicidad de controles sobre la administración, y por consiguiente de la diversidad de las garantías del administra-

90. El instrumento de justicia administrativa que asume la mayor eficacia para esta protección jurídica de los administrados es precisamente la *jurisdicción administrativa*, pero como lo señalamos anteriormente (*supra* número 19) la misma no puede funcionar de manera aislada, sino que requiere del apoyo y la colaboración de los restantes medios, que apreciados en su conjunto establecen una esfera lo más amplia posible, de tutela para los gobernados, y que tiende a perfeccionarse en la medida en que se incrementan las actividades administrativas, produciéndose una especie de competencia entre los medios de defensa y la vigorización de la esfera de atribuciones de la administración, que desafortunadamente, por el crecimiento incontenible de esta última, puede asimilarse sin mucha exageración a la dramática carrera que se presenta en épocas de inflación, como la actual, entre los precios y los salarios.

91. Establecido que la justicia administrativa es el género y la jurisdicción administrativa una de sus modalidades o sectores más importantes, para el solo efecto de contar con un apoyo conceptual que nos permita un punto de partida, intentaremos establecer una noción descriptiva de la función jurisdiccional, tomando en cuenta que la misma ha sido objeto de debates apasionados, de numerosas teorías y de una falta de consenso entre los tratadistas, tanto de derecho constitucional como entre los cultivadores de la ciencia del proceso, como lo demuestra el reciente y penetrante estudio del distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁹⁰

92. En tal virtud, a través de esta noción aproximada, podemos afirmar que la jurisdicción es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y en una posición imparcial.⁹¹

do, puede consultarse la obra del destacado tratadista argentino Dromi, José Roberto, *Prerrogativas y garantías del administrado*, 2a. parte, *Garantías del administrado*, Tucumán, Argentina, 1979, pp. 9-41.

⁹⁰ "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, cit., *supra* nota 62, tomo I, pp. 92-60.

⁹¹ Cfr. Fitz-Zamudio, Héctor, "Función del poder judicial en las constituciones latinoamericanas", en el volumen colectivo del mismo nombre México, 1977, p. 13.

93. La jurisdicción administrativa constituye un sector de esta función esencial del Estado contemporáneo, como un aspecto especializado de la misma por razón de la materia, y con independencia del órgano público que ejercita la propia función, ya que debe partirse de un concepto que no sea puramente formal, puesto que en la realidad son numerosos los organismos que realizan esta actividad jurisdiccional, algunos pertenecientes a la esfera de la administración activa, centralizada o descentralizada, y otros están estructurados como verdaderos tribunales, ya sea que formen o no parte del departamento judicial.

94. Inclusive en relación con los tribunales judiciales es preciso distinguir entre los que poseen un carácter especializado, y que un sector de la doctrina califica en cuanto a sus funciones, como *jurisdicción de lo contencioso-administrativo*,⁹² y los que podemos denominar como integrantes de la *jurisdicción ordinaria*, que todavía subsisten en los llamados sistemas judicialistas (*infra* número 123) pero que también tienden a la especialización, como una consecuencia inevitable de la creciente tecnificación de las controversias jurídicas, especialmente en materia administrativa.

II. *Categorías de la jurisdicción administrativa*: A) *Proceso tributario o fiscal*.

95. En un ensayo superficial de sistematización en una disciplina tan compleja, trataremos de establecer las diversas categorías que se han estudiado sobre la jurisdicción administrativa, señaladas por la doctrina y la jurisprudencia influenciadas esencialmente por el derecho francés, en el cual se observa una extraordinaria elaboración sobre esta institución, y cuyo examen resulta necesario para comprender los conceptos que se han introducido en la legislación.

96. En primer término, dentro de la especialidad de la jurisdicción administrativa podemos señalar algunos aspectos más específicos, entre los cuales destaca la *materia tributaria o fiscal*, que en varios ordenamientos ha determinado la creación de tribunales especializados en este sector.

97. La materia fiscal o tributaria ha adquirido una gran importancia dentro del derecho administrativo contemporáneo, de

⁹² Cfr. entre otros, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Cursos de derecho administrativo*, cit., *supra* nota 41, tomo II, pp. 461-503.

tal manera que se ha contemplado a la primera como una rama autónoma, lo que ha conducido también a la llamada autonomía del derecho procesal fiscal o tributario,⁹⁸ aun cuando el problema no es tan simple como a primera vista pudiera contemplarse, si se toma en consideración que, por otra parte, distinguidos tratadistas niegan a su vez la separación entre el proceso administrativo y el tributario.⁹⁹

98. En realidad, el problema de la autonomía de las diversas ramas o disciplinas jurídicas ha sido mal planteado en términos generales ya que se le otorga una trascendencia exagerada, puesto que, en principio, dicha autonomía se establece únicamente con el propósito de una mejor sistematización conceptual, pues en última instancia todo el ordenamiento jurídico constituye una unidad, cuyos distintos sectores no pueden separarse tajantemente, en virtud de que entre ellos existen zonas fronterizas difíciles de delimitar y en las cuales no es posible construir un muro de contención que impida la comunicación entre los diversos campos.¹⁰⁰

99. Sin embargo, podemos señalar que los estudios de derecho fiscal han adquirido un lugar preeminente dentro de la doctrina que se ocupa del estudio del derecho administrativo lo que ha influido en la legislación procesal, puesto que se han establecido tribunales especializados en materia tributaria en los ordenamientos de la República Federal de Alemania (*infra* número 125), así como en varios países latinoamericanos, que han seguido el ejem-

plo de México en la creación de tribunales fiscales, los cuales se han establecido, y además, esta materia procesal fiscal ha recibido tratamiento autónomo también por parte de la doctrina de países en los cuales no existe una jurisdicción tributaria, como en Italia¹⁰¹ y en España,¹⁰² y con mayor fundamento en la doctrina mexicana, habida cuenta que tanto en la esfera federal como en algunas de carácter local, existen disposiciones legales y tribunales especializados en la materia procesal fiscal,¹⁰³ conformándose recientemente una tendencia hacia la elaboración de una doctrina especializada sobre derecho procesal tributario en el ámbito latinoamericano, debido a la existencia de algunos tribunales fiscales y a la elaboración de un proyecto de Código Tributario uniforme para nuestra región, que contempla también la armonización de las disposiciones procesales.¹⁰⁴

III. B) Extensión de las facultades de los tribunales administrativos: a) Jurisdicción retenida.

100. Una segunda categoría está determinada por la extensión de las atribuciones de los organismos que ejercen la jurisdicción

⁹⁸ Cfr. Allorio, Enrique, *Derecho procesal tributario*, citado en la nota anterior; Pugliese, Mario, *La prueba en el derecho tributario*, trad. de González Rodríguez, Alfonso, México, 1949.

⁹⁹ Cfr. Fenech, Miguel, *Derecho procesal tributario*, 3 vols., Barcelona, 1949-1951.

¹⁰⁰ Es la disciplina procesal administrativa en la cual la doctrina mexicana ha elaborado importantes aportaciones, pudiendo citarse, entre otros, los estudios monográficos de Armenta Calderón, Gonzalo M., *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, 1977; Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal fiscal*, 2a. ed., México, 1975; Hedúan Virués, Dolores, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1961; Id., *Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971; Porras López, Armando, *Derecho procesal fiscal*, México, 1969, etc.

¹⁰¹ Cfr. Atchababian, Adolfo, "Lo contencioso tributario en América. Ubicación del Tribunal Fiscal de los Estados Unidos Mexicanos", en el volumen colectivo *Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, Segundo número extraordinario, México, 1966, pp. 141-191; Briseño Sierra, Humberto, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 268-277; Giuliani Fournouge, Carlos A., "El proyecto de modelo de Código Tributario para la América Latina", en el volumen *Memoria de las conferencias sustentadas con motivo del XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, tercer número extraordinario, México, 1966, pp. 209-211; 259-264.

⁹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano", en la obra colectiva *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Joragüés-Laso*, tomo III, Madrid, 1969, pp. 1074-1076.

⁹⁹ Cfr. González Pérez, Jesús, *Derecho procesal administrativo*, tomo I, 2a. Ed., Madrid, 1964, pp. 114-115, niega que el derecho procesal tributario pueda considerarse como autónomo respecto del proceso administrativo; y en un sentido similar pero en otra dirección se pronuncia el jurista argentino Giuliani Fournouge, Carlos A., *Derecho financiero*, vol. II, Buenos Aires, 1962, pp. 635 y ss.

¹⁰⁰ El conocido procesalista italiano Allorio, Enrico, inicia su obra fundamental, *Derecho procesal tributario*, 4a. ed., Torino, 1962, p. 1, con la afirmación de que el conocimiento del derecho procesal debe ser unitario, y por su parte el tratadista argentino Joragüés, Díaz, sostiene que el derecho procesal en sentido amplio es uno solo, tanto se refiera al proceso civil como al penal, al procesal administrativo o al tributario, *Curso superior de derecho tributario*, Buenos Aires, 1957, p. 29.

administrativa, distinguiéndose en esta dirección tres sectores: la *jurisdicción retenida*, la *jurisdicción delegada* y la *plena autonomía*, que se inspiran esencialmente en la doctrina y la jurisprudencia francesas.

101. Se entiende por *jurisdicción retenida* la que se realiza por organismos situados dentro de la esfera de la administración activa, pues si bien poseen cierto grado de independencia funcional, sus decisiones no son obligatorias, sino que requieren de la *homologación*, es decir, de su reconocimiento, por parte de las autoridades administrativas de la mayor jerarquía, y esta fue la situación legal del Consejo de Estado francés desde su creación en 1790 hasta la reforma esencial de 1872 (*infra* número 111), a través de la cual se ampliaron sus facultades.¹⁰⁰

102. Para citar un ejemplo en el derecho mexicano actual, y con independencia de algunos antecedentes del tribunal fiscal federal (*infra* número 151), podemos considerar como un ruego de *jurisdicción retenida* el Cuerpo Consultivo Agrario, ya que el mismo, en los términos de la Ley de Reforma Agraria de 1971, decide de manera imparcial algunos de los conflictos entre los campesinos y los propietarios agrícolas así como de los campesinos entre sí, pero sus decisiones se consideran formalmente como simples dictámenes que deben ser homologados, es decir, suscritos por el Presidente de la República, en su carácter de suprema autoridad agraria en la esfera administrativa.¹⁰¹

iv. b) *Jurisdicción delegada.*

103. La *jurisdicción delegada* se configura cuando el órgano o tribunal administrativo formula sus decisiones con carácter definitivo y obligatorio, pero dichas decisiones se pronuncian a nombre de la Administración, ya que formalmente dichos organismos siguen perteneciendo a la esfera de la propia administración, si bien con una autonomía mayor que la del sector antes mencionado, pues la ley les ha delegado las facultades jurisdiccionales que per-

teneban anteriormente a las autoridades administrativas, y el ejemplo más evidente es el del mencionado Consejo de Estado francés a partir de la citada reforma de 1872 (*infra*, número 111),¹⁰² y en el derecho mexicano ésta era la situación del Tribunal Fiscal de la Federación a partir de su creación por la Ley de Justicia Fiscal de agosto de 1936, y que mantiene el Código Fiscal Federal de 1938.¹⁰³

v. c) *Plena autonomía*

104. Finalmente, el tercer sector se puede calificar como de *jurisdicción dotada de plena autonomía*, y se configura cuando el órgano que resuelve las controversias administrativas, pertenece o no formalmente al departamento judicial, dicta sus fallos de manera autónoma, sin vinculación ni siquiera formal con la administración activa, y como un ejemplo podemos señalar la transformación que experimentó el Tribunal Fiscal de la Federación, a partir de la expedición de su ley orgánica de 1967 y que se reeditó en la vigente de 1977, en vigor a partir de agosto de 1978, principio de plena autonomía que se elevó a rango constitucional en las reformas al artículo 104, fracción I, de la Carta Federal, que entraron en vigor en septiembre de 1968; y que posteriormente tuvo aplicación en la Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, de 1971 (*infra* números 157-158).¹⁰⁴

¹⁰⁰ Cfr. Letourner, Maxime, *El Consejo de Estado francés*, cit. *supra* nota 105, especialmente, p. 99.

¹⁰¹ Consideramos conveniente transcribir la parte relativa de la exposición de motivos de la mencionada Ley de Justicia Fiscal de agosto de 1936: "...El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos); pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese Poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un *tribunal de justicia delegada, no de justicia retenida*..."

¹⁰² Cfr. entre otros, Heduan Virués, Dolores, *Cuarta Decada del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1971, pp. 63-64.

¹⁰⁰ Entre otros, Letourner, Maxime, "El Consejo de Estado francés", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

¹⁰¹ Cfr. Ruiz Massieu, Mario "Notas sobre el Cuerpo Consultivo Agrario", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 39, septiembre-diciembre de 1980, pp. 787-806.

vi. *Por los efectos del fallo: jurisdicción de nulidad y plena jurisdicción.*

105. Otra clasificación que se ha formulado, también por la influencia francesa, se refiere a los efectos del fallo pronunciado por los tribunales u organismos de jurisdicción administrativa, de manera que se ha distinguido entre la *jurisdicción de nulidad* y la de *plena jurisdicción*. La primera, que es la prevalecte, implica únicamente la nulidad del acto o la resolución impugnados, a fin de que la autoridad administrativa que las expidió las sustituya por otras providencias, de acuerdo con los lineamientos de la resolución judicial.¹⁰⁵

106. Por el contrario, cuando se ejercita la llamada plena jurisdicción —que no debe confundirse con la plena autonomía (*supra* número 104)— se pronuncia, si procede, una condena específica a determinadas prestaciones a cargo de la administración y en beneficio del particular reclamante, señalándose como las hipótesis más frecuentes las relativas al examen de la legalidad de los contratos de obras o servicios públicos; la responsabilidad personal de los funcionarios, y la responsabilidad patrimonial o económica de la misma administración.¹⁰⁶

107. Esta separación también se ha expresado, al menos doctrinalmente, en el ordenamiento mexicano, con la tendencia a ampliar la calificada como *plena jurisdicción*, ya que al Tribunal Fiscal Federal, que en sus primeras etapas sólo ejercitaba funciones estrictamente de anulación, se le atribuyó posteriormente competencia para conocer de la legalidad de los contratos de obras públicas; de la responsabilidad personal de los funcionarios, así como de la responsabilidad patrimonial de la administración, esto último en forma muy restringida,¹⁰⁷ y por supuesto se confirió plena jurisdicción al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal.¹⁰⁸

¹⁰⁵ En relación con estos dos grandes sectores en el ordenamiento francés, cfr. entre otros, Vedel, Georges, "France", en el volumen colectivo, *Il controllo giurisdizionale della pubblica amministrazione*, editado por Pirelli, Aldo, Torino, 1971, pp. 131-144.

¹⁰⁶ Cfr. Vedel, Georges, *op. cit.*, pp. 177-197.

¹⁰⁷ Cfr. Rodolfo Virata, Delors, *Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación*, cit., *supra* nota 109, pp. 95-137.

¹⁰⁸ Cfr. Viqueza Galván, Armando, y García Silva, Agustín, *El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en el Distrito Federal*, México, 1977, pp. 63-69.

15. El fin de un paradigma: El consejo de Estado

Eduardo García de Enterría

I

«El contencioso-administrativo está enfermo. Todos los especialistas que lo han visitado lo han diagnosticado así.»

Con estos términos se inicia el editorial del número 2 de 1988 (fechado el 20 de febrero) de la revista «L'Actualité Juridique. Droit Administratif», que firma su jefe de redacción Jérôme CHAPUISAT, editorial que, a su vez, abre el contenido del número monográfico dedicado a la «reforma del contencioso-administrativo francés» que, como primer remedio a esa enfermedad, acaba de acordar la Ley de 31 de diciembre de 1987 (publicada en el «Journal Officiel» del día 1 de enero de 1988, y con entrada en vigor el 1 de enero de 1989).

Esta reforma, que se produce sobre un sistema tan estable y tradicionalmente tan prestigioso como el sistema francés, merece ser destacada.

La nueva ley no ha pretendido, sin embargo, una reestructuración de fondo del sistema, y ni siquiera un retoque de alguna profundidad sobre alguno de los extremos más delicados del contencioso. Se ha tratado, en realidad, simplemente, de intentar un remedio al creciente atasco de asuntos contenciosos ante el Consejo de Estado. Las cifras eran ya catastróficas: 25.000 asuntos pendían de sentencia; se vienen fallando unos 7.000 recursos al año, lo que es enorme, pero el retraso, lejos de reducirse, se acumulaba porque entraban en el mismo período 9.000 recursos nuevos. A su vez, los Tribunales administrativos (primera instancia, equivalentes a nuestras Salas de Au-

diencia Territorial) tenían pendientes de sentencia casi 100.000 recursos¹.

Todo esto no sólo pone en cuestión la eficacia general del sistema, sino que, además, estaba transformando de hecho al Consejo de Estado, cuya mayoría de efectivos se dedicaba al contencioso y sólo una pequeña parte a la básica función consultiva.

Tras muchos proyectos, la reforma se ha limitado al sistema orgánico y al de recursos, sin afectar en nada al régimen substantivo del viejo instrumento del recurso de anulación o exceso de poder, venerable reliquia que en su momento supuso un salto decisivo en la construcción de la justicia administrativa, pero del que hoy resultan sobre todo cada vez más visibles sus convencionales y severas limitaciones.

Se ha creado un orden jurisdiccional nuevo, el de los Tribunales administrativos de apelación (que serán interregionales: cinco exactamente), que decidirán, en sustitución del Consejo de Estado, las apelaciones contra las sentencias de los actuales Tribunales administrativos (Tribunales creados en sustitución de los Consejos de Prefectura en 1953). Estos acababan de ser robustecidos en su *status* jurisdiccional (aunque al margen del poder judicial) por una Ley de 6 de enero de 1986, la cual encomendaba su gestión al Ministerio del Interior, por mantener el prurito de la «separación» entre Administración y jueces propiamente dichos y porque los miembros de esos Tribunales provienen de la Administración y no de la

¹ El ritmo anual de crecimiento de los recursos contencioso-administrativos oscila en Francia entre el 15 y el 25 por 100, lo que ha supuesto «una mutación de las condiciones de trabajo del juez administrativo»: éste ha pasado a entender en «forma normal y natural» del enfrentamiento ordinario entre la Administración y los administrados; se ha pasado a «un contencioso de masa», desde el carácter «elitista» del contencioso clásico: J. CAPION: *L'Etat de droit vu par le juge administratif*, en la obra colectiva dirigida por D. COLAS: *L'Etat de Droit*, París, 1987, página 134 y sigs.

Magistratura. Al crear este nuevo grado de los Tribunales de apelación, el cuerpo pasa a ser «de los Tribunales administrativos y de los Tribunales administrativos de apelación» y pasa a depender orgánicamente del Secretario General del Consejo de Estado. Este órgano, además de órgano consultivo y órgano jurisdiccional, viene ahora a convertirse en órgano con funciones administrativas directas, las de la gestión de los grados inferiores de la justicia administrativa. Los Tribunales de apelación, que pueden dividirse en salas, serán presididos por un Consejero de Estado «en servicio ordinario», es decir, de la carrera del Consejo de Estado. El cuerpo se nutre de funcionarios con diez años de antigüedad, de magistrados y de abogados seleccionados *ad hoc* (se pretende, sobre todo, que la entrada vía ENA resulte la predominante) y pasarán a ser nombrados Consejeros de Estado *hors tours*, esto es, fuera de los turnos de plantilla, y no podrán recibir otro destino (salvo el de Presidente del Tribunal de apelación) en un mínimo de cinco años. Para pasar de los Tribunales de primera instancia a los Tribunales de apelación se requiere una antigüedad de cuatro años.

La competencia de apelación es universal, salvo los recursos relativos a elecciones municipales y cantonales y los recursos por exceso de poder contra Reglamentos; estos últimos se defieren al Consejo de Estado. En cualquier caso, el Consejo de Estado mantiene su supremacía en el sistema a través de dos vías: mediante un recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales de apelación y mediante la introducción de una curiosísima «cuestión prejudicial» facultativa tanto de los Tribunales de primera instancia como de los Tribunales de apelación. Esta institución está regulada en el artículo 12 de la Ley en estos términos:

«Antes de decidir sobre una demanda que plantee una cuestión de derecho nueva, que presente una dificultad seria y que resulte relevante para numerosos litigios,

el Tribunal administrativo o el Tribunal administrativo de apelación *pueden*, por decisión que no es susceptible de ningún recurso, transmitir los autos al Consejo de Estado, que examina la cuestión planteada en un plazo de tres meses. Toda decisión sobre el fondo del asunto queda suspendida hasta el *informe* del Consejo de Estado o, en su defecto, hasta la expiración de dicho plazo.»

El recurso de casación se somete a un trámite sumario de admisión, de modo que podrá ser declarado inadmisibile por razones procesales «o si no está fundado sobre ningún motivo serio».

Este trámite, más un intento de disuadir la iniciación de nuevos recursos contenciosos mediante la instauración de un trámite de «recurso administrativo o de conciliación», al que puede seguir un sistema de arbitraje (aunque sólo limitado a asuntos sobre contratos o sobre responsabilidad extracontractual, que son el terreno del contencioso «de plena jurisdicción» justamente), son en la práctica los instrumentos en que se confía para aligerar al atascado Consejo de Estado.

II

Prácticamente, eso es todo. Es cierto que habrá que esperar para enjuiciar el conjunto a los Decretos de desarrollo a que la propia Ley remite. Pero ya puede observarse por ésta que la reforma ha resultado muy limitada (aun siendo, como dice CHAPUS en el número monográfico de la revista que se ha citado, pág. 93, «la segunda gran reforma del contencioso-administrativo —después de la de 1953—, desde la época lejana en que se inició la modernización de la justicia administrativa con la abolición de la justicia retenida», 1872) y, en lo que puede apreciarse

desde ruera, también de bastante dudosa eficacia a los fines prácticos de descongestionar el Consejo de Estado, objetivo básico de la reforma. Sobre la absoluta inanidad de los efectos de exclusión de litigios por medio de los recursos administrativos o de los instrumentos de conciliación, tenemos amplia experiencia en España; estamos en condiciones de ilustrar a otros ordenamientos. La adición de una casación a las dos instancias ordinarias tampoco es precisamente una medida simplificadora, por más que la casación pueda guillotinarsa *a limine* con un trámite análogo al *certiorary* americano²; para el recurrente, en todo caso, tener que vencer a través de tres instancias a la Administración viene a resultar en la práctica una carga más, y nada ligera precisamente. Esta casación, más la curiosa cuestión prejudicial facultativa despachada por vía de dictamen, lo que revelan sobre todo es el afán de mantener el papel preponderante del Consejo de Estado en la formación y el control de la doctrina jurisprudencial, que ha sido históricamente la que ha inventado el Derecho administrativo.

Pero el peso de ese prestigio histórico se hace sentir también con especial fuerza en la reforma y eso ha llevado sobre todo a un conservadurismo inercial del sistema que estimo —con prácticamente todos los autores franceses, como veremos— completamente inadecuado. El designio de mantener el equilibrio entre lo consultivo y lo contencioso en la actuación del Consejo de Estado me parece un fin subalterno cuando de lo que debería tratarse es, sobre todo, de fortalecer el sistema general, bastante cuarteado, de la justicia administrativa, o más solemnemente, del Estado de Derecho en la sociedad actual. Es indudable que la benemérita institución ha consolidado formidables créditos históricos en la construcción, no sólo en Francia,

² Cfr. lo que sobre la técnica del *certiorary* indico en mi libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, 2.^a ed., Madrid, 1987, pág. 148 y sigs.

sino en el mundo entero, de un sistema de garantías de los ciudadanos frente a la Administración; pero es también indudable que la reconstrucción del sistema, en un momento en que se cuestiona seriamente su efectividad global en la situación social y política existente, pasa bastantes niveles por encima del reconocimiento de gratitudes o del esteticismo institucional.

Hoy el problema del contencioso no es sólo el retraso en las decisiones de los recursos, sino la insuficiencia misma de esas decisiones, aun siendo temporáneas. Lo que hay que poner en cuestión, en Francia y en otros sitios que nos son más familiares, son las bases mismas de la técnica del *excès de pouvoir*, y en concreto los viejos dogmas, apenas tocados en Francia como en España, de la decisión ejecutoria como «apertura» necesaria y única del contencioso, la inexistencia de contrapesos efectivos frente a los abusos, cada día más ordinarios, de ese formidable privilegio de la decisión previa y, en fin, la técnica misma del «proceso al acto», que hace puramente declarativas las sentencias estimatorias; que no contempla la posibilidad de extraer de la anulación declarada las consecuencias que interesan al recurrente que ha ganado el proceso; que excluye las *injoctions* u órdenes de hacer dirigidas a la Administración para rectificar la situación ilegal constatada, y más aún la posibilidad de sustituir por comisarios judiciales o por el propio juez la inactividad deliberada de la entidad vencida; que hace, en consecuencia, virtualmente facultativo el cumplimiento de las sentencias por las Administraciones perdedoras y que ni siquiera impide eficazmente la repetición indefinida a arbitrio de la Administración de los litigios ya decididos con la «fuerza de la cosa juzgada» por la sola vía de volver a dictar un acto análogo al anulado, lo que obligará a un nuevo recurso. Hacer que el despacho de los recursos se acelere, pero que los recursos mismos sirvan para poco o no sirvan, me parece un avance poco importante.

El Consejo de Estado, que imaginó y perfiló el recurso de exceso de poder, y es su mérito imperecedero, no ha sabido luego sacarle de los límites completamente convencionales que fueron el precio histórico que tuvo que pagar en los momentos iniciales por esa formidable invención. Hoy esos límites, calcificados por la larga práctica / explotados por una Administración perfectamente consciente de que constituyen otras tantas trincheras inexpugnables para ella, resultan inadmisibles, simplemente, cargas que en la práctica vienen a esterilizar buena parte del recurso, y que carecen de cualquier justificación objetiva, como otros sistemas de justicia administrativa han demostrado concluyentemente. La remoción de esas limitaciones parece hoy una empresa excesiva para encomendarla al ritmo tardígrado de una evolución jurisprudencial, que se siente encerrada en sus propias creaciones históricas. Es, sin duda, el mismo legislador quien debe cortar los nudos gordianos existentes¹.

¹ J. L. AUTIN: *Illusions et vertus de l'Etat de droit administratif*, en la obra colectiva *L'Etat de Droit*, ya citado, pág. 159 y siguientes, postula abiertamente el tránsito «de un Derecho esencialmente jurisprudencial a un Derecho poco a poco legiferado», que «se inscribe en el sentido del progreso del Estado de Derecho»; sería, en efecto, «la exigencia democrática de transparencia en la formulación del Derecho». Y añade, página 161: «Al agotamiento aparente de las virtudes creadoras de la jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente ilustrado por la paralización de la teoría de los principios generales del Derecho, se oponen los avances significativos realizados por vía legislativa.» Tampoco había notado nunca ese reproche explícito de «agotamiento» de la capacidad creativa del Consejo de Estado, pero ahí está la rigidez y la insuficiencia actuales de su gran creación histórica, el *excès de pouvoir*, para probarlo cumplidamente. La paralización (*tarissement*, también agotamiento de una fuente) de la técnica de los principios generales del Derecho se refiere, sin duda, a la petrificación de sus hallazgos, que no registra novedades desde hace bastantes años, frente a la infinitamente mayor fecundidad creativa que de dicha técnica está sacando en Francia el Consejo Constitucional (o el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un ámbito mucho más delicado). Se leerá con especial provecho el agudísimo trabajo de J. J. BIENVENU: *Le Droit administratif: une crise sans catastrophe*, en el núm. 4 de «Droits. Revue française de théorie juridique», 1987, pág. 91 y sigs.

III

La anterior reflexión no es una simple ocurrencia propia. En el número monográfico de *L'Actualité juridique* a que hemos comenzado refiriéndonos las críticas en ese mismo sentido abundan y aun se hacen más ácidas y airadas. No voy a hacer un elenco de todas, pero sí subrayaré algunas particularmente expresivas. De pronto parece haberse visto que *le Roi est nu*, que el Rey está desnudo como en la fábula clásica y que nadie hasta ahora se había atrevido a proclamarlo. «Las lenguas se desatan» de pronto y de un golpe parece haberse cuartado el impresionante edificio, lleno hasta ahora de oropeles y de prestigio. Podría decirse incluso que parecería revelarse un cierto complejo edípico al poner fin tan súbitamente a un respeto reverencial y a una disciplina moral y del pensamiento que ha durado mucho más allá de la madurez y de la plena conciencia de los hijos. Veremos, en efecto, que se llega hasta la ira, a lo que algunos no dudan en calificar de «sacrilegio» frente a la reverencia prolongada y admitida, a un cierto sentido de la profanación.

En el propio editorial inicial que comenzamos citando, se dice: «es lástima que la urgencia no haya hecho posible otro debate», el del lugar que ocupa el juez administrativo y, correlativamente, el del Derecho público en nuestro sistema socioeconómico. «Esta cuestión es sin duda menos urgente, pero no por eso quema menos.»

M. FRANC, Consejero de Estado y anterior Secretario General del mismo, hoy Director del Instituto Internacional de Administración Pública, afirma categóricamente que «la reforma queda inacabada» (pág. 82).

El profesor CHAPUS, que se limita a estudiar los «aspectos procesales», habla de «reforma pesada y creadora de complicaciones», aunque su «apreciación no sea enteramente negativa» (pág. 99).

Guy BRAIBANT, de autoridad especialmente reconocida en la materia, en una corta reflexión toca el tema de la ejecución de las sentencias, las cuales «*deberían* ser ejecutadas 'sin vacilaciones ni murmullos'», pero que parece que no lo son tanto, aun después de la Ley de 16 de junio de 1980, que en España hemos glosado algunos⁴. Resulta que el Tribunal de casación acaba de recordar en Francia por Sentencia de 21 de diciembre de 1987 que es un «principio general de Derecho (!) el que los bienes de las personas públicas son inembargables». BRAIBANT nos ilustra de que la «Sección de la memoria y de estudios» del Consejo de Estado, de la cual él mismo es el Presidente, por cierto, se ha especializado en «ayudar a los demandantes a obtener y a la Administración a asegurar una ejecución correcta de la cosa juzgada», encomienda que procede de las incidencias ejecutivas del famoso *arrêt Canal*, al que también aquí prestamos atención en su momento (en su trabajo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, «RAP», 38, 1962; hay edición reciente en «Cuadernos Civitas»); el número de peticiones de «ayuda» que la Sección ha recibido ha pasado de 200 en 1976 a 660 en 1987, lo que —lenota, dice, «una degradación del respeto a la cosa juzgada, especialmente en el nivel local» (87 por 100 de los expedientes de inejecución). Esto resulta especialmente grave, aunque a los españoles el «mal de muchos» nos suele un poco de nuestra lamentable situación en la materia. BRAIBANT entiende que esto no está afectado por la reforma, lo cual resulta grave; incluso teme que la multiplicación de apelación y casación, no obstante ser ordinariamente admisibles «a un solo efecto» (como entre

⁴ En el ya citado trabajo de AUTIN, pág. 167, se afirma explícitamente que «en el silencio de los despachos los logros más visibles de esa reforma legislativa (de 1980) están (¿provisionalmente?) paralizados». La posibilidad de que una decisión jurisdiccional como había previsto esa ley, tuviese la fuerza directa de un mandamiento de pago sobre el Tesoro, «victoria del Estado de Derecho», ha quedado sin aplicación, «habiéndolo bastado —parece— una simple Instrucción del Ministerio de Hacienda para reducirla a la nada».

nosotros las sentencias de la Audiencia Nacional, sin que nadie pueda responder a la pregunta de por qué no las de las Audiencias Territoriales)³, permita inexecutar las sentencias durante mucho más tiempo.

La modestia de las proclamas de BRAIBANT nos deja perplejo (¿pero no estábamos hablando de justicia?): que se recuerde por Circular que las Administraciones tienen la obligación «imperiosa» (1) de respetar la cosa juzgada; «una acción de persuasión» ante los responsables de entidades locales e institucionales para que se decidan benévolamente a esa ejecución; refuerzo en personal y en material de la Sección del Consejo de Estado que él preside para cumplir más eficazmente esa función de «ayuda» a recurrentes vencedores desesperados; «el desarrollo de nuevas técnicas de intervención» (pág. 101). Eso es todo. Ha de evitarse, en fin, «que la inexecución de un fallo no dé lugar ella misma a nuevos litigios». ¡Pocas meditaciones más patéticas sobre la inanidad actual del famoso *excès de pouvoir*, cuya efectividad queda supeditada a persuasiones, recordatorios y ayudas!

CHABANON, que preside una Sección del Tribunal administrativo de París, titula su artículo «Una reforma inacabada». La reforma no tendrá, nos dice, la menor influencia sobre el atasco que congestiona a los Tribunales administrativos; más bien puede tener una influencia negativa, en cuanto que los Tribunales de apelación van a sangrar al personal de los Tribunales administrativos. «La

Ley es asombrosamente tímida.» «Añadiendo un ala al edificio —concluye—, bajo presión de la necesidad, se ha conservado un plano complicado... es esencial que las reformas que han de venir hagan el conjunto más acogedor... Después de la acción sobre las estructuras debe venir una acción sobre el contenido, una reflexión de conjunto sobre las reglas de procedimiento heredadas del siglo XIX y sobre la voluntad de renovarlas.» El contencioso francés, hasta hace poco símbolo de la perfección más alta lograda en el control judicial de la Administración, se declara paladinamente una «herencia del siglo XIX», un edificio lleno de la *poussière du passé*, del polvo y de las oscuridades del pasado (pág. 108).

M. L. LEVY y X. PRÉTOT, dos magistrados de los Tribunales administrativos (es digno de notar cómo los magistrados de estos Tribunales, exentos de todo contacto con las funciones político-administrativas del Consejo de Estado, demuestran una mayor consciencia de las exigencias de la función puramente jurisdiccional, que es la suya exclusiva; incluso resulta patente, como vamos a ver, una actitud crítica hacia el Consejo de Estado mismo), afirman de entrada que «las soluciones adoptadas suscitan objeciones técnicas como de fondo, que conducen a una interrogación sobre la concepción misma de nuestra justicia administrativa». Y, tras un análisis detenido de la reforma, concluyen (pág. 115): «La concepción tradicional de la justicia administrativa... está fundada tanto sobre la interpretación estricta de la separación de poderes como sobre la tradición anterior de la monarquía francesa». ¡He aquí que surge a primer plano la herencia men- noble del contencioso, la del absolutismo! Y siguen: «Histórica y científicamente esta concepción, en sus fundamentos, puede prestarse a discusión... no es absolutamente evidente que (dicha concepción) permanezca plenamente adoptada a las exigencias del Estado de Derecho tal como resultan de nuestro orden constitucional y de los

³ No obstante lo cual, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha comenzado a invocar el nuevo artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el recurrente vencedor tenga derecho a ejecutar la sentencia cuya apelación por la Administración pende a un solo efecto, con lo cual le obliga a prestar fuertes cauciones. Me parece evidente que ese artículo está mal aplicado, puesto que se refiere a la ejecución de sentencias apelables a ambos efectos y no a la de autos o sentencias apelables a uno. Una cierta práctica, como por desgracia no suele ser inusual, disminuye el nivel de garantías que el legislador había otorgado.

compromisos internacionales que nuestro país ha suscrito... que implica claramente la independencia orgánica (del poder jurisdiccional) respecto a todos los poderes, sean cuales sean». Aquí la objeción toca lo hasta ahora totalmente intocable, el sistema de Consejo de Estado mismo⁶. Los autores insisten: el equilibrio entre las funciones consultiva y jurisdiccional del Consejo de Estado será de interés, pero más lo es observar «que en el Estado y la sociedad de 1988 la función jurisdiccional tiene su fin y su importancia en ella misma». He ahí, pues, que la gran reliquia del Consejo de Estado comienza a verse en su propia estructura, negativamente. Así lo precisan los dos magistrados con toda explicitud: «en definitiva, la Ley promulgada el 31 de diciembre de 1987 conduce, paradójicamente, a una reforma en profundidad del contencioso-administrativo en razón no de las dificultades en que se

⁶ Este tema de la «interpenetración de los dos universos, el político-administrativo y el jurisdiccional», por el hecho de que el Consejo de Estado está «materialmente asociado al ejercicio del poder ejecutivo» (y no sólo por la vía consultiva —especialmente relevante en el ámbito normativo, incluso de los proyectos de Ley—, sino también por la normalidad con que el personal del Consejo de Estado participa en la Administración activa y en la vida política, así como por la importancia creciente de los Consejeros designados por el Gobierno por el «turno exterior»), ha sido destacado recientemente por J. L. AUTIN: *Illusions et vertus de l'Etat de droit administratif*, ya citado, como una objeción de principio al sistema de la justicia administrativa francesa, como prueba de su «mistificación»; pero aun en este trabajo (impreso en noviembre de 1987) se dice que ese hecho de los «vínculos orgánicos muy estrechos» entre el Consejo de Estado y el Ejecutivo «es admitido llanamente por la doctrina, pero curiosamente ésta no extrae de ello un argumento para reconsiderar el problema de la independencia del juez» (pág. 154). ¡He aquí que apenas unas semanas después de escritas esas palabras la doctrina ya ha extraído sin tapujos ese argumento! Este dato demuestra con plasticidad inigualable el carácter súbito con que se ha explicitado la crisis del contencioso francés, largo tiempo frenada en su manifestación ya inocultable por los hábitos académicos adquiridos. Cfr. BIENVENU, *op. cit.*, pág. 96 y sigs.; llama al Derecho administrativo un «Derecho narcisista», que ha pretendido categorizar como absolutos construcciones jurisprudenciales ocasionales; pero el espejo de este Narciso parece haberse roto de pronto.

encuentran esta jurisdicción y el justiciable, sino por problemas internos propios del Consejo de Estado».

Pero estos magistrados nos revelan otra cosa de suma importancia: que el ponente del asunto en la Comisión Legislativa de la Asamblea, cuando se debatió el proyecto de Ley, dijo lo siguiente: «Francia debería disponer de una jurisdicción administrativa con tres grados, según el modelo de otros Estados como la República Federal Alemana, donde el sistema jurisdiccional administrativo funciona armoniosamente y no sufre de ningún retraso». ¡Por vez primera en casi dos siglos de contencioso-administrativo se propone en Francia, y nada menos que en la Cámara Legislativa, seguir un modelo extranjero —y el modelo alemán, precisamente—, al que se reconoce sus reservas que funciona mejor! Y remachan los dos magistrados: «por otra parte, los medios de que dispone el juez no son ni de lejos comparables (*demeurent sans commune mesure*) con los medios que los alemanes han atribuido a sus jurisdicciones» (pág. 117). Esto ya es algo más que el «funcionamiento armonioso»: el recurso de exceso de poder, con sus limitaciones convencionales, está completamente superado por otros sistemas occidentales actuales, y concretamente por el sistema alemán. Los magistrados terminan apelando a «la comunidad de administrativistas para interrogarse sobre un texto adoptado sin el espíritu de reflexión crítica que funda toda disciplina intelectual y que debe contribuir a la mejora de las prácticas hasta ahora seguidas» (*ibidem*). He ahí una invitación formal a la revuelta frente al Consejo de Estado, cuyo prestigio ha seducido durante más de siglo y medio a la doctrina francesa.

C.-L. VIER, abogado ante el Consejo de Estado, firma otro artículo en que dice que la nueva Ley «es un punto de partida, no de llegada», limitándose luego a un comentario técnico-analítico de la reforma.

Los estudios se cierran con uno con el título «La re-

forma del Consejo de Estado vista por los abogados», que firman C. LEPAGE JESSUA y C. HUGLO (pág. 127 y sigs.). Es aquí ya donde la actitud crítica es más descarnada y abierta. «El papel de la jurisdicción administrativa en la defensa de las libertades públicas e individuales y el control eficaz de la Administración no podía pasar inadvertido a los defensores habituales de los derechos del hombre que son los abogados». Ya este planteamiento nos pone casi en las antípodas del «proceso al acto»: el contencioso-administrativo es un sistema de tutela de derechos y libertades públicas, dentro de un sistema global de efectividad de dichos derechos, como aquí algunos habíamos notado. Por eso, precisan inmediatamente los autores, hay que «definir primero la plaza de la jurisdicción administrativa teniendo en cuenta el desarrollo de otras jurisdicciones de Derecho público como el Consejo Constitucional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». Ambas jurisdicciones, dicen («el Consejo Constitucional por una política realmente notable de elaboración de principios de valor constitucional»), «han puesto en cuestión indiscutiblemente al Consejo de Estado» (pág. 127).

Ya había notado yo (*Los postulados constitucionales de la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas*, en «Documentación Administrativa», núm. 209 —ahora incluido en este libro— y prólogo al libro de Carmen CHINCHILLA, *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988) que el Consejo Constitucional había desplazado resueltamente al Consejo de Estado en la vanguardia creadora de un Derecho público propio de este tiempo; lo que hasta ahora se apuntaba con alusiones respetuosas (J. ROBERT, en «Revue de Droit Public», 1987, citado en el citado artículo), ahora se proclama sin ambages. Por otra parte, que se oponga a la rigidez actual del Consejo de Estado la flexibilidad y la apertura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no deja de resultar paradójico, pues este último Tribunal se configuró

casi enteramente sobre el modelo del Consejo de Estado mismo, punto de partida sobre el que ha sabido efectuar luego magnífica actuación creadora. Recordemos aún que no más tarde que en 1982 (y esto nos da idea de la rapidez de las grietas que han aparecido en su edificio), el Consejo de Estado, en una actitud famosa y sin precedentes, había hecho adoptar por votación de su Asamblea General el texto de un alegato en forma contra los principios básicos del Derecho comunitario tal como los ha construido el Tribunal de Justicia, alegato que es un libro entero publicado por «La Documentation Française» con el título *Droit Communautaire et Droit Français. Etude du Conseil d'Etat*, 1982¹.

Que desde la superioridad y la desenvoltura con que el Consejo de Estado, situado aún en su prestigio cenital irradiante, criticaba la obra menor de una jurisdicción cuasi filial, a la que se permitía, por eso, en términos estrictamente jurídicos, desobedecer, que desde esa superioridad autoatribuida tenga ahora el mismo Consejo de Estado que oír que los criterios jurisprudenciales de ese menospreciado Tribunal de Justicia están por encima de los suyos y que son un modelo que le convendría seguir, puede parecer el colmo de la amargura.

«Por otra parte —añaden los dos Abogados que comentan la reforma—, en el curso de los últimos años ciertas decisiones dictadas por el Consejo de Estado han sido discutidas, si no abiertamente criticadas, en todo caso al menos puestas sobre la plaza pública, llevando a una parte cuando menos de la opinión a interrogarse sobre lo bien fundado de un sistema que hace del juez administrativo supremo a la vez el consejero del Gobierno». De nuevo, el Consejo de Estado ha perdido su intangibilidad ¡e incluso se llega a sospechar abiertamente de su independencia!

¹ Sobre lo cual me permito remitirme a mi colaboración en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, Madrid, 1986, tomo I, págs. 7, 669, 715, etc.

«El "ciudadano-administrado" —añaden— no puede dejar de ver con una cierta extrañeza el sistema que no distinga de una manera rigurosa al juez del consejero del Gobierno.» Esto es ya radicalmente nuevo en la literatura francesa (recuérdese lo que hemos indicado en nuestra nota 6, *supra*). Pero a la vez que la fragilidad del sistema estructural, se hacen ahora súbitamente visibles los fallos enteros de esa justicia: «un juez que acepta dictar sentencias que él sabe que no van a producir ningún efecto pierde toda autoridad».

Y la insistencia sobre una comparación que ya hemos encontrado, ahora hecha en términos más amplios y más desgarrados: «Si se mira la situación de Francia en relación a la de sus vecinos, o la de los Estados Unidos, es manifiesto que el estado del contencioso-administrativo expresa más un subdesarrollo que un superdesarrollo.» Ya no es sólo Alemania, es todo el mundo occidental; ya no es un simple retraso, ¡es un sistema subdesarrollado! Es la primera vez que he leído un juicio tan contundente y categórico. Y añaden aún: «Este subdesarrollo no es sino el resultado de una opción política al menos implícita sobre el no funcionamiento satisfactorio de la jurisdicción administrativa.»

La denuncia es de bulto y afecta ya a los núcleos políticos mismos del sistema. Fin, pues, del orgullo sobre el Consejo de Estado y sobre sus mismas creaciones en el sistema de protección de los derechos, y un fin absolutamente espectacular, pasando del altar al menosprecio.

Pero estos dos abogados sin pelos en la lengua precisan aún más concretamente: «No puede uno sino lamentarse de que no se haya realizado una reflexión de conjunto sobre el contencioso-administrativo»; se trataba de «una ocasión de reflexión sobre las condiciones en las cuales puede parecer satisfactorio, en el horizonte de 1992, juzgar al Estado y a las corporaciones públicas en Francia».

Critican en profundidad seguidamente la reforma y las lagunas ostentosas de la reforma. Pero me fijaré, para no alargar en exceso este trabajo, en dos cuestiones esenciales, que también lo son para nosotros: las medidas cautelares, que entienden que deben ser radicalmente ampliadas, y los poderes del juez de ejecución. Se critica abiertamente el criterio restrictivo con que el Consejo de Estado ha impuesto la aplicación de la única medida cautelar que su jurisprudencia ha aceptado, la suspensión de la ejecución del acto recurrido, pero, de manera categórica, se declaran completamente imprescindibles otras medidas cautelares, toda la amplia y eficaz gama de que la jurisdicción civil dispone en Francia misma con el sistema de *référé* y en otros países sin vacilación con el contencioso-administrativo (y, añadido yo: en Inglaterra, con su nuevo sistema de *judicial review* —cfr., como visión externa, el reciente libro del conocido iuspublicista norteamericano Bernard SCHWARTZ, *Lions over the Throne. The Judicial Revolution in English Administrative Law*, New York University Press, 1987—, y en Alemania y parcialmente en Italia). Sobre este punto son perfectamente explícitos: ese ámbito de las medidas cautelares es «el que impone que las modificaciones deban producirse lo más rápidamente y lo más eficazmente... Es paradójico comparar los poderes del juez civil en materia de *référés* o medidas cautelares con los del juez administrativo, para el cual la 'urgencia' sigue siendo una condición *sine qua non*, incluso para una simple constatación o pericia de un hecho. Sería muy fácil considerar una flexibilización de las reglas del *référé expertisse*, que permitiría a las partes a menudo conciliarse sin tener que acudir al proceso de fondo. —Del mismo modo, el *référé provision* [que permite al juez ordenar en el acto un pago o un cumplimiento cuando la negativa o el simple silencio "no tienen un fundamento serio"] debería ser admitido. En fin, y más generalmente, los poderes cautelares del juez deberían ser extendidos, especialmente, a la adopción de medidas con-

servatorias. He aquí el único instrumento procesal disponible contra los abusos (hoy entre nosotros ostentosos, y no infrecuentemente cínicos incluso) del privilegio de la decisión previa o del incumplimiento del deber de resolver.

«El segundo campo —siguen diciendo los autores— que se revela de reforma indispensable es el de la ejecución de las sentencias y fallos.» La Ley de 16 de julio de 1980 «no juega más que un papel muy moderado, y, en cualquier caso, implica plazos tales que las decisiones de justicia pueden permanecer como letra muerta durante un cierto número de meses, incluso de años». Nos recuerdan que sólo tres veces en ocho años se han dictado *astreintes* o multas coercitivas reiteradas para forzar la ejecución; «convendría, pues, prever medios más adaptados y rápidos para imponer la ejecución de la cosa juzgada». «Si en el ámbito judicial ordinario se han creado jueces de ejecución, convendría reflexionar si un paralelo no podía existir en la jurisdicción administrativa o, mucho más simplemente, si no se podría recurrir a ese juez ordinario de ejecución para ejecutar los fallos y sentencias dictados por los Tribunales administrativos y por el Consejo de Estado. Sin desconocer el carácter sacrilego de una tal reflexión, nos parece oportuna formularla, pues lo que es inadmisibles es que después de años de procedimiento el recurrente no pueda siquiera ver ejecutar la decisión que tan pacientemente ha esperado que se dictase.» Expresamente, pues, se declaran sacrílegos por declarar abiertamente su desdén abierto por los viejos dogmas inerciales, que en su origen supusieron un avance, pero que hoy resultan absolutamente disfuncionales para la justicia.

En fin, concluyen, «convendría que se abandone la autolimitación que resulta de la prohibición que se hace al juez de dirigir *injunctions* u órdenes y condenas de hacer a la Administración y que, especialmente, pueda

admitirse el principio de un fallo que declare derechos» (y que no se limite a la mera anulación del acto administrativo encausado). «Rehusar ese principio elemental, que permitiría al juez, en vez de anular una denegación de una licencia de construcción, reconocer que el individuo afectado tiene derecho a esa licencia, evitaría, por una parte, que haya que acudir a un nuevo proceso para censurar una nueva denegación de la licencia y, por otra parte, permitiría a la decisión judicial gozar de una eficacia indiscutible.»

IV

Esta reflexión ha comenzado como una reseña limitada de unos hechos desarrollada estos mismos días en Francia, pero resulta inevitable avanzar obteniendo ya algunas conclusiones algo más generales.

En un libro que ha pasado a ser un clásico en la epistemología de las ciencias, el físico americano Thomas S. KUHN ha establecido cuál es la estructura de las revoluciones científicas¹. Todas las ciencias reposan sobre un «paradigma» o un conjunto de ellos, que juegan el papel de una ley básica que va siendo constantemente ajustada y precisada. En el cultivo común de esos paradigmas centrales se alimenta lo que es una verdadera «comunidad científica», sin la cual no hay ciencia y que en su seno dialoga, polemiza, se critica, pero siempre desde la perspectiva de esos paradigmas básicos que en conjunto hace avanzar en su despliegue, constantemente ajustado. Esos paradigmas dan respuesta aparentemente duradera a un grupo de problemas mayores, sin perjuicio de que en la interpretación del paradigma o en su racionalización completa los científicos puedan discrepar. Estos paradigmas, que no pueden reducirse a una interpretación unívoca,

¹ T. S. KUHN: *The Structure of Scientific Revolutions*, 2th ed. enlarged, University of Chicago Press, Chicago, 1970.

pero que presiden todas las que se ofrecen, dirigen el desarrollo acumulativo de una ciencia. Los «descubrimientos científicos», que constituyen el camino de ese desarrollo normal, se suceden dentro de ese cuadro. El progreso de una ciencia continúa de esa forma hasta que la invención de nuevas teorías, con objeto de explicar nuevos hechos o nuevas experiencias, implican ya un cambio de paradigma, el abandono radical de los viejos supuestos y la introducción correlativa de nuevos paradigmas que desplazan a los antiguos. Cuando esto ocurre, se ha producido una «revolución científica».

Como físico, KUHN ilustra especialmente esa estructura en la evolución de las ciencias en el campo que él domina y va explicando el paso de los paradigmas de la física de ARISTÓTELES, a la de PTOLOMEYO, o GALILEO, NEWTON, FRANKLIN, MAXWELL, MAX PLANCK, EINSTEIN, etc., con desvíos sobre la química, la biología y otras ciencias naturales. En su Postfacio de 1969, que aparece en la segunda edición, KUHN postula ya una aplicación de sus tesis centrales a las ciencias sociales, aunque afirma su inseguridad en este terreno.

No se trata de discutir aquí problemas generales de epistemología científica, naturalmente. Queremos sugerir, con toda sencillez, que esa estructura de las revoluciones científicas nos parece especialmente aplicable, sin comprometerlos demasiado a la demostración del aserto, a la evolución científica del Derecho Administrativo. Surgido como un subproducto de los dogmas centrales de la Revolución Francesa, como yo mismo he intentado explicar parcialmente (remito a mi ya viejo libro, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 2.^a ed., 2.^a reimprección, Madrid, Taurus, 1987), le costó prácticamente un siglo lograr poner en relación a dos de esos dogmas básicos, el imperio de la Ley y la posición jurídica del ciudadano como titular de posiciones jurídicas activas, de derechos fundamentales especialmente. Esa articulación fue

la gran obra histórica del Consejo de Estado francés, con su gran invención del *excés de pouvoir*, que puede considerarse formado a comienzos de este siglo (LAFERRIERE aún no lo comprendía en 1889 y lo estimaba «un cierto relajamiento de la doctrina jurídica»). Ese recurso de exceso de poder o de anulación, considerado como un recurso «objetivo» o de la legalidad, sin partes propiamente dichas (el «interés» que ha de alegar el recurrente sería un «simple requisito de seriedad» para poner en marcha los poderes de oficio del juez administrativo, él mismo parte de la Administración), un verdadero «proceso al acto» y no de tutela de derechos, puramente declarativo, cuyas consecuencias sólo a la Administración tocaría extraer, toda esta concepción bien conocida (vid. nuestro *Curso de Derecho administrativo*, en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ, tomo II, 2.^a ed., pág. 36 y sigs.) ha sido el pivote central sobre el que ha girado todo el Derecho Administrativo de tipo francés hasta hoy mismo. En el momento de establecer un sistema de justicia en la Europa comunitaria (en 1951 primero con la CECA, en 1957 después, en el Tratado de Roma), a ese sistema se acudió⁹ porque se estimaba el más evolucionado y el más sofisticado. Los italianos hicieron a finales del siglo pasado su peculiar adaptación del mismo modelo del recurso de anulación, a través de la división jurisdiccional entre tutela de derechos subjetivos y tutela de intereses legítimos. Cuando los anglosajones comenzaron a deplorar la insuficiencia de su sistema de protección judicial contra la Administración aceptaron de plano que sólo un sistema como el francés podría suplir ese capital déficit.

En fin, nosotros mismos, ¿qué otra cosa hemos hecho que mirar con envidia los avances reales del sistema francés e impulsar su adopción a través de estudios y, sobre todo, de reformas legislativas? Aunque la Ley de 1956 ha-

⁹ De nuevo remito a mi colaboración en el *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, cit., tomo I, pág. 668 y sigs.

bía acertado ya a superar algunas de las limitaciones de ese sistema, esa superación no fue en general seguida por la jurisprudencia, que seguía mirando al contencioso francés como el máximo razonablemente exigible.

El sistema francés ha jugado, pues, claramente, como el paradigma absoluto en materia de justicia administrativa, el tema central del Derecho Administrativo. Si una disciplina científica (y antes que eso, en nuestro caso, los ordenamientos jurídicos que esa disciplina conformaba, interpretaba y explicaba) ha tenido un paradigma perfectamente identificable ha sido la nuestra, me parece.

Estamos asistiendo al fin de ese paradigma, simplemente. Estamos ante la «revolución científica» más importante que el Derecho Administrativo ha sufrido desde la anterior, que fue la puesta a punto del *excés de pouvoir*. Ese carácter de revolución científica explica su carácter de derrumbamiento súbito. El paradigma histórico del *excés de pouvoir* ha sido de pronto encontrado inadmisibile, incapaz de explicar los nuevos hechos, los nuevos valores del Estado de Derecho, las nuevas demandas sociales.

Sin querer avanzar demasiado sobre esta línea general, me permitiré decir, no obstante, que el nuevo paradigma me parece estar en el principio de la tutela judicial efectiva de derechos verdaderos de los ciudadanos. Es por la introducción de este simple criterio por lo que el viejo paradigma ha saltado como en una explosión —como en la explosión en que siempre consisten las revoluciones científicas—. Como ha dicho KUHN, «Las revoluciones científicas han de considerarse como episodios no cumulativos de desarrollo, en los cuales un paradigma más antiguo es reemplazado, en todo o en parte, por un nuevo paradigma incompatible... De un modo parecido (a las revoluciones políticas), las revoluciones científicas comienzan con el sentimiento creciente, a menudo restringido a una pe-

queña fracción de la comunidad científica, de que un paradigma ha cesado de funcionar de manera satisfactoria para la exploración de un aspecto de la naturaleza sobre la cual ese mismo paradigma ha dirigido anteriormente las investigaciones... Las revoluciones políticas se dirigen a cambiar las instituciones por procedimientos que estas instituciones mismas prohíben... El estudio histórico de los cambios de paradigma en la evolución de las ciencias revela caracteres completamente similares» (cap. VIII).

V

La súbita explosión, que en Francia ha suscitado la nueva reforma, de inconformidad radical, de ira incluso, con la situación de una justicia administrativa apenas nominal, hayan sido cualesquiera sus méritos históricos (que han sido enormes), sorprende al extranjero, que hasta ahora había topado siempre en la doctrina francesa una admiración y una devoción casi acríticas, salvo en ligeros matices, con su contencioso-administrativo, modelo de todos los existentes, y con su Consejo de Estado en particular.

Para un español quizá la sorpresa es menor, pero es tino que providencial. Digo que es menor la sorpresa porque aquí somos perfectamente conscientes hace más tiempo de la ineficacia substancial de nuestro sistema contencioso-administrativo, que en algunos aspectos había recogido ya en 1956 algunos avances sobre el modelo histórico francés. Providencial, no obstante, porque la fidelidad a este modelo francés y a sus inadmisibles condicionamientos y limitaciones parece estar presente en los anteproyectos conocidos de revisión de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, e incluso en alguna ley ya promulgada. Me remito a mi reciente artículo, ya citado, *Los postulados constitucionales de la ejecución de las Sentencias contencioso-administrativas* («Documentación

Administrativa», núm. 209, abril 1987, pág. 7 y sigs. —ahora incluido en este libro—), donde especifico claramente las críticas a esas iniciativas y a esas leyes y proyectos y los contrastos con lo que, a mi juicio, resulta de la Constitución de manera explícita, según el Tribunal Constitucional ha comenzado lúcidamente a deducir.

La crisis del contencioso-administrativo francés, un contencioso «subdesarrollado» según quienes hasta ahora mismo lo vanagloriaban, un contencioso inadaptado al tiempo actual, según quienes lo practican y lo sufren, un contencioso que está ya en la cola y no en la vanguardia de los sistemas occidentales de protección judicial frente al poder, un contencioso que está ya en retraso sobre «los principios generales del Derecho europeo», tanto comunitarios como de Derechos humanos, esa crisis, ya inoculable y ostentosa, que ha irrumpido como un sarpullido inesperado y súbito en el hasta ahora lozano rostro del Derecho público francés, esa crisis invalida definitivamente el pertinaz intento de acogerse a él como a un oráculo para la reforma pendiente de nuestro propio sistema.

Y mucho más cuando ese intento pretende sobre todo frenar la operatividad de los principios de nuestra Constitución sobre la materia, principios que están, como los de otros muchos países occidentales, por cierto, muy por encima de ese modelo histórico, hoy ya completamente superado.

El «nuevo paradigma», sobre el cual va a establecerse en todo el mundo occidental una nueva época de la justicia administrativa, es, por gran ventura, justamente, el paradigma que nos impone preceptivamente nuestra Constitución: la justicia administrativa no es un abstracto proceso a un acto administrativo aislado que efectúan órganos especializados de la propia Administración, o acaso jueces amedrentados ante la *maiestas* administrativa o atados por mil lazos en el ejercicio de su función por el supuesta-

mente insólito hecho de que el poder público tenga que rendir cuentas ante el Derecho; por el contrario, es un proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos. Es algo más que *une petite nuance*, como hemos podido atisbar bastante claramente. La antigua concepción partía de que la Administración era siempre titular del interés general, que habría de imponerse normalmente sobre los intereses meramente particulares que invocaban los ciudadanos. Pero ahora ocurre que estos ciudadanos son con normalidad titulares de derechos fundamentales, que, por más que intenten con ellos hacer valer intereses particulares, tienen por sí mismos el carácter de «valores superiores del ordenamiento» (art. 1.º de la Constitución), de «fundamento del orden político y de la paz social» (artículo 10.1, *ibidem*), con lo que han de prevalecer incluso sobre los intereses de la Administración, que tantas veces encubren simples comodidades o intereses de la burocracia. Este cambio radical en la situación de las partes respectivas en la relación ciudadanos-Administración (la cual no sólo no requiere para su funcionamiento la posibilidad de infringir el Derecho, sino que está íntegramente sometida al mismo, art. 103.1 de la Constitución, y, por tanto, al juez) ha determinado este cambio substancial.

16. Consideraciones generales sobre el problema de la justicia administrativa

Andrés Serra Rojas

El tema que voy a tener el honor de desarrollar ante ustedes, se refiere a la justicia administrativa. Una de las grandes preocupaciones del Estado moderno reside en que el ejercicio del poder público debe estar animado por principios de estricta justicia. No basta someterse solamente al Derecho, es necesario que el ordenamiento jurídico esté subordinado por un gran ideal de justicia que es la base de la vida social. Mas para que la justicia alcance su máxima realización es indispensable que ella sea institucional, es decir, que cuente con los medios de organización y procedimiento que la hagan factible.

Como esta plática inicial forma parte de un ciclo de conferencias, pretendemos en esta ocasión describir el amplio tema de la justicia administrativa con el objeto de que mis distinguidos amigos que participarán en este evento, puedan referirse y ahondar en los capítulos específicos y particulares que se relacionan con esta materia.

Vivimos una etapa crítica de la historia de las instituciones jurídicas, sobre todo cuando la crisis se acentúa en la estructura del Estado, en particular en sus órganos básicos, y en el ideal de justicia que debe dominar el orden jurídico como expresión de los anhelos de la sociedad moderna.

Los viejos Estados pretenden mantener su misma decoración constitucional, pero se ven obligados a hacer los ajustes que las mismas circunstancias exigen. Francia ha transformado en su nueva Constitución el sistema parlamentario y da un evidente predominio a la acción del Ejecutivo. Nuevos principios constitucionales exigen nuevas instituciones que hagan posible el nuevo orden de cosas, en las que el ingrediente esencial es la libertad.

Frente al Estado liberal demócrata, los Estados comunistas y de democracia popular se ven obligados a una constante revisión y adaptación de sus constituciones ante las exigencias de su aplicación, que

poterá poner en entredicho las libertades fundamentales del hombre. Los nuevos principios, que salen del marco de una concepción teórica, encuentran enormes dificultades en la realización de ellos. El orden jurídico abruma al ciudadano ante las crecientes exigencias de las nuevas estructuras.

También asistimos al nacimiento de nuevos Estados en Oriente, Medio Oriente y África, que se resisten a adoptar los modelos jurídicos antiguos e intentan sus propias soluciones. En otras partes del mundo se suceden fenómenos políticos de transformación y transmutación jurídicas. Es evidente que vivimos en una etapa de transición que obliga a pensar en instituciones eficaces, que muchas veces se apartan de los marcos tradicionales.

El Estado moderno se caracteriza por haber asumido una constante acción que lo lleva a un absolutismo, sui generis, que nos recuerda el que le asignó Thomas Hobbes al bosquejar la imagen del Leviathan. El Estado en todas las latitudes va rebasando los débiles esquemas constitucionales y acumula incesantemente un número creciente de facultades en un proceso de incontenible supremacía. Es un quebradero de cabeza para los juristas cómo contener esta acción, que como es lógico suponer, subordina al hombre a un engranaje político que lo obliga a entregar porciones cada vez mayores de su libertad. Una justicia sin libertad es la negación misma de la justicia.

El Estado democrata federal y liberal, que parece librar sus últimas batallas antes de resolverse a superar sus instituciones, se enfrenta a la omnipotencia del Estado absolutista y totalitario. Mas los países de inspiración democrática se muestran inseguros de sus instituciones y aunque ellas han establecido límites a la acción del poder público, el Estado ha acabado por dominar un amplio sector de la vida social, manteniendo una peligrosa supremacía política y económica. Esta etapa de acomodamiento mantiene al Estado moderno al borde de una verdadera bancarrota institucional. Nuestra única defensa es no anquilosarnos con instituciones inoperantes y crear las que las mismas realidades internas nos están demandando.

La justicia administrativa tiene una significación de enorme importancia en el Estado moderno, ante la lenta y conservadora acción de los tribunales locales y federales. En el propio ámbito de la acción

administrativa, los débiles recursos y defensas estrictamente administrativas, no constituyen verdaderas garantías para los particulares lesionados. Cada día muestran mayor inestabilidad los derechos de los particulares reconocidos en las leyes administrativas. Socializaciones, nacionalizaciones y otras formas constitucionales, han ido debilitando los derechos particulares, que se desmoronan ante el reclamo del interés general o de la utilidad pública.

Hasta hoy, habían sido órganos jurisdiccionales dependientes del Poder Judicial los que habían asumido la tarea de obligar al poder público a subordinarse a los mandamientos legales. Mas en materia administrativa, es penoso reconocerlo, priva más la intención del funcionario, que el mandato de la ley.

La idea de una justicia administrativa se abre paso en el mundo moderno para dar seguridad y estabilidad a los derechos que las leyes administrativas crean en favor de los particulares. Fiorini ha dicho a este respecto: "El derecho administrativo, la justicia administrativa están pidiendo su puesto en esta hora. Es necesario realzar esta rama del derecho y sus cultores, que también hacen obra técnica y científica cuando construyen normas, calibran valores y glosan obras elevando las categorías permanentes que existen en el Estado de Derecho. El problema de la hora actual no es eclipsar las normas jurídicas, por el contrario, deben ser elevadas a su verdadero contenido. La actividad del Estado moderno sólo puede superarse en labor jurídica si da cabida, en el puesto que se merece, a la justicia administrativa. No en vano los filósofos elevan a la justicia como la única sombra que sigue al hombre por el sendero de la dignidad humana."

Es la justicia administrativa la ciencia que se propone devolver a las normas administrativas su verdadera eficacia, asegurando los derechos que de ellas se pueden derivar. Este conocimiento moderno aspira a determinar los principios adecuados que aseguren un Estado inspirado en la justicia social. Sin embargo, y a pesar de su inmensa bibliografía, reveladora de la gran inquietud que hay por ella, es una disciplina que está en verdadera gestación.

La justicia administrativa comprende el estudio de las cuestiones jurisdiccionales en las que el Estado interviene en forma contenciosa con otros sujetos de derecho, públicos o privados. La justicia adminis-

trativa es creadora de instituciones, que se sitúan en el marco del poder ejecutivo, pero que no dependen de él, ni de otros poderes. Realizan una función de aplicación estricta de la ley administrativa, con un conocimiento especializado y técnico que constituye una garantía sólida. El autor que citamos antes, agrega: "La justicia administrativa no aparece como simple ordenamiento del conocimiento jurídico sobre los controles jurisdiccionales en la administración; pretende elevarse a un conocimiento especial de la justicia común, es decir, una rama de la justicia que comprende una materia especial, con su derecho propio y un procedimiento especial."

Durante el primer cuarto del presente siglo, las jurisdicciones administrativas que venían actuando, lo eran en número muy limitado y a cada paso se enfrentaban a la acción de los tribunales comunes, a los que lograron superar en su eficaz acción y en su garantía plena. En Francia podemos citar, por vía de ejemplo, el Consejo de Estado, los Consejos de Prefectura y la Corte de Cuentas. Al terminar la primera y la segunda guerras mundiales el orden jurídico de todos los Estados se vio afectado por un continuo intervencionismo de Estado, en todos los órdenes de la actividad social, que desarrolló en forma notable la actividad administrativa y provocó la creación de numerosas jurisdicciones administrativas, en particular, siguiendo el modelo de las instituciones administrativas francesas.

A estos acontecimientos debemos agregar la tremenda lucha ideológica de nuestros días, entre sistemas implacables y contradictorios, uno de los cuales postula la inmediata transformación del Estado y su ineludible desaparición. El Estado democrático por el contrario, tiene como meta superar las instituciones liberales animado en nuevos principios de justicia social.

La jurisdicción administrativa en los países de tendencia totalitaria, ha adquirido su máximo desarrollo. El Estado lo puede todo e interviene en todos los aspectos de la vida social creando una organización administrativa de vastas proporciones. Es lógico que el procedimiento administrativo tenga que responder a reglas completamente diferentes del procedimiento tradicional.

El procedimiento en el estado democrático es garantía de una buena administración de justicia. Es necesario no olvidar que en materia

administrativa, a diferencia de la judicial, los litigios colocan al particular en contra de los entes públicos; los intereses, siendo de naturaleza diferente, exigen también que los procedimientos sean desiguales.

A la jurisdicción administrativa le corresponde aplicar un conjunto de reglas especiales, siempre inspiradas en el interés general. Esto ha obligado en las diversas legislaciones a la creación de instituciones permanentes, como el "Consejo de Estado", la "Corte de Cuentas", entre nosotros el "Tribunal Fiscal de la Federación", y también organismos temporales, transitorios o eventuales, como son los organismos encargados de liquidar las consecuencias de la guerra en Francia o las comisiones de responsabilidades por daños provenientes de la Revolución o la Comisión de intervención de bienes propiedad del enemigo, que entre otras, fueron creadas en México para propósitos de política internacional.

Debemos insistir en que la creación y la determinación de las jurisdicciones administrativas es una acción que corresponde en forma exclusiva a los órganos legislativos, pues, en principio definido, el órgano administrativo no puede crear una jurisdicción, como se está haciendo con algunas instituciones descentralizadas.

Esto nos conduce a dos afirmaciones previas: a) la creación y la determinación de las jurisdicciones administrativas pertenecen exclusivamente al legislador; b) un órgano administrativo no puede, en ningún caso, crear una jurisdicción.

De una manera que no podríamos hablar, en términos generales, de justicia administrativa sin aludir a una diferenciación de los diversos sistemas que actualmente ensaya el mundo moderno. Es necesario analizar esos tribunales y comprobar su desarrollo y concluir sobre su eficacia.

Antes de comentar algunos aspectos del contencioso administrativo debemos acercarnos a los recursos administrativos. Esto nos hace pensar en una etapa anterior a la justicia administrativa, pero que debe formar parte de ella.

La administración pública y los órganos que la integran están subordinados a la ley. El funcionario público tiene como punto de partida y límite de su actividad, el circunscribirse a la ley que determina su competencia. Todo acto administrativo debe emanar del cumpli-

timiento de una ley. Los particulares tienen derecho a que los órganos administrativos se sujeten a la ley y se cumplan cada uno de los elementos del acto administrativo.

Correlativamente, es una obligación para el personal administrativo mantener el principio de legalidad. La propia administración pública tiene el control de todas sus dependencias y es la más interesada en que sus agentes se subordinen a las prescripciones legales. El recurso administrativo permite al poder público revisar sus actos, a instancias de un particular que se siente agraviado con una resolución administrativa. En los recursos administrativos el poder público no actúa como parte, ni participa en un procedimiento jurisdiccional. Se concreta a confirmar o modificar su propio acto, o el de una dependencia inferior, para determinar si se ha ajustado a la ley.

El principio de legalidad es la piedra angular del Estado de Derecho, que abarca todos los aspectos de la acción de los órganos públicos. Toda actuación irregular de la administración que ocasiona a un particular un agravio, debe ser corregida dentro del marco jurídico de la misma administración. Cualquier alteración indebida de alguno de los elementos del acto administrativo como la competencia, forma, motivo, objeto o mérito, debe encontrar en la legislación administrativa medios eficaces para su restablecimiento legal.

Los recursos administrativos se fundan en el derecho que tiene la administración para mantener el control de la jerarquía administrativa, a través del cumplimiento de la ley. El recurso administrativo es un medio jurídico dentro de la propia administración, de carácter eminentemente administrativo y no de naturaleza jurisdiccional o de intervención de autoridades judiciales o de control legislativo.

La idea de este recurso se basa en la falibilidad humana, pues es propio de los seres humanos cometer errores y éstos obedecen a causas muy diversas, que pueden provocar perjuicios a los particulares y al propio interés general.

La administración pública es una organización muy compleja en la que intervienen numerosos funcionarios y empleados y el público en general. Este personal, en sus actividades técnicas, no siempre es idóneo, ya que son incontables los casos de agentes del poder público que ignoran la ley, la aplican mal o intencionalmente irregular. En

ocasiones falta una ley administrativa adecuada, o la que existe es de difícil interpretación o su sentido se desvía con lamentable frecuencia.

Son necesarios medios jurídicos efectivos para realizar tales actividades y evitar sus perjuicios consiguientes. Nada más lógico que la doctrina reconozca y el legislador acepte, que las resoluciones que agravan al particular puedan ser impugnadas para restablecer el orden jurídico violado, con los medios previstos y regulados por la ley.

Decimos facultad reglada o subordinada a la ley, a diferencia de la facultad. Esta última es aquella facultad atribuida a la administración, concedida y definida como potestad y función del Estado, en virtud de la cual procede y actúa, según su apreciación de las circunstancias y condiciones. Es conveniente agregar, con García Oviedo, que la actividad discrecional no es enteramente una actividad libre. En el Estado de Derecho Moderno es punto menos que imposible que toda la actividad caiga en el campo de la previsión del legislador; en todo caso, la administración debe plagarse, en el desarrollo de la potestad discrecional, al fin específico de la norma.

Digamos ahora algunos conceptos sobre la autotutela de la administración pública. Cada día es mayor la intervención del Estado en los procesos de la vida privada, y como una consecuencia derivada, el orden jurídico ha adquirido una extensión considerable. El régimen de la policía administrativa, tan imperfecto y peligroso para el mantenimiento de las libertades o derechos fundamentales del hombre en determinados Estados, envuelve amenazadoramente la acción de los particulares a pretexto de la satisfacción de intereses colectivos; el intenso desarrollo de la administración exige mayores restricciones a la libertad individual y mejor empleo de la técnica. Si el funcionario o empleado no es idóneo se crean elementos de perturbación, en lugar de que se realicen las funciones necesarias para mantener el orden, la seguridad y la tranquilidad pública. Tutelar la vida del Estado es una tarea necesaria en las nuevas legislaciones, sobre todo cuando el propio Estado dirige actividades tan importantes como la economía, la política y la educación.

La legislación constitucional y administrativa está dominada en todos sus aspectos por el interés general. El Estado es la suprema organización social y jurídica, encaminada a la realización del bien públi-

co, manteniendo la armonía entre gobernantes y gobernados. A ellos incumbe el mantenimiento de las instituciones públicas para asegurar el interés general. El mundo social y político es imperfecto, porque los gobernantes dejan mucho que desear en su actuación, la inmundicia administrativa, la incapacidad técnica, una negligencia permanente en los asuntos oficiales, continúa siendo una remora para una buena administración pública.

Vamos en primer término a mencionar los tribunales administrativos franceses que han sido la fuente de inspiración de tribunales análogos en diversos Estados.

Cuando en Francia surgieron los tribunales administrativos, fue porque los dirigentes revolucionarios tuvieron una profunda desconfianza de los tribunales judiciales. El juez ordinario acaba por hacer rutinaria su labor por la misma naturaleza del derecho privado que es mantenedor de intereses privados. El derecho privado era un derecho individualista que aseguraba el egoísmo del particular frente a cualquier otro interés público o social.

Aun en su forma, el Derecho Procesal aparecía como tradicionalista, encerrando al particular en el mismo círculo de sus intereses. Un ordenamiento de estricto derecho en el que la ley tiene la última palabra ante cualquier consideración social o moral. Las sentencias, autos y decretos en los juzgados civiles conservan las mismas palabras, los mismos términos, formalidades y ritual, que se conservaban como un elemento valioso de una justicia para un grupo privilegiado que veía perpetuar sus intereses egoístas.

Un sistema en el que el juez siempre encontraba motivos para anquilosar rutinariamente el espíritu de la ley.

Contra esta acción conservadora reaccionaron las instituciones revolucionarias y crearon el "Consejo de Estado", con nuevas modalidades y propósitos diferentes, para acentuar su diferencia con el "Consejo del Rey", que no podía equipararsele.

Surgieron esos tribunales administrativos por la necesidad misma de la evolución de las instituciones públicas, siempre buscando nuevos caminos para asegurar el interés general. Son cuerpos especializados, técnicos, para obligar a la administración pública a subordinarse a la

ley y mantener los principios del Estado de Derecho. Después, por supuesto, los tribunales administrativos entraron en consideraciones análogas a los tribunales judiciales, pero fueron vistos con extraordinaria desconfianza.

Voy a citarles a ustedes un caso que mucho nos atañe y que guarda alguna analogía con aquel acontecimiento. Cuando se creó el Tribunal Fiscal de la Federación, recuerdo que hubo que librar una verdadera batalla para su implantación. Los artículos sobre su inconstitucionalidad se multiplicaron en pro y en contra, frente a las opiniones opuestas parecía peligrar su adopción. La reacción fue violenta, incisiva, era cosa de discutir todos los días en los periódicos, en las revistas, sobre la naturaleza del nuevo Tribunal.

Al cabo de los años, el Foro Mexicano es actualmente el mejor defensor del Tribunal Fiscal de la Federación, y mucho nos enorgullece su normal funcionamiento. ¿A qué obedece esto?, sencillamente a que su especialización técnica, el conocimiento de las materias fiscales que obliga al magistrado a superarse, ha llegado a crear un nuevo derecho fiscal. Es precisamente de las manos de estos funcionarios especializados de donde está surgiendo el verdadero derecho fiscal. Su jurisprudencia corre pareja a los nuevos adelantos de las leyes fiscales, entre las cuales destaca por su sentido moderno la Ley del Impuesto sobre la Renta. Los magistrados del Tribunal saben cuán notoria es la influencia en las resoluciones de la Corte. Por otra parte, el Foro está convencido de su eficacia y es su mejor defensor. A lo largo de su actuación vemos a este importante tribunal, en su nuevo edificio, rodeado de respetabilidad y, sobre todo, con un ánimo creciente en sus funcionarios de sugerir su transformación.

Antes que nosotros, en Francia se presentó un problema análogo con los tribunales administrativos. Estos tribunales fueron los verdaderos creadores del Derecho Administrativo Francés, que vale tanto como decir los verdaderos creadores del Derecho Administrativo Universal. Es precisamente a través de las resoluciones de los tribunales administrativos como se han elaborado nociones tan importantes como la de servicio público, responsabilidad del Estado, contratos administrativos, concesiones administrativas y otras más, todos los temas del Derecho Administrativo fueron enjuiciados por el Consejo de Estado. Es en-

tonces cuando ha surgido un nuevo derecho, de vuelo trascendental, que representa la juventud en el Derecho, como es el Derecho Administrativo.

Es muy interesante analizar aunque sea con brevedad, la actual organización de los tribunales franceses.

En primer término, debemos mencionar el "Consejo Constitucional" que es una institución creada por la nueva Constitución de 1958. Constituye sin duda, una novedad en la vida jurídica de aquel país. En cuanto a su organización se compone de nueve magistrados nombrados por el Presidente de la República, por el Presidente de la Asamblea Nacional y por el Presidente del Senado. Cada uno de ellos designa a tres magistrados. Duran nueve años en sus funciones y no pueden ser reelectos.

Las principales funciones del Consejo Constitucional son determinar la regularidad de las elecciones del Presidente de la República, de la Asamblea Nacional y del Senado; vigila la regularidad de las operaciones del referéndum y proclama sus resultados; ante él se plantean las cuestiones relativas a la conformidad de una ley con la Constitución. No está por demás señalar esta importante función del control de constitucionalidad.

Los tribunales franceses se dividen, además, en dos jurisdicciones importantes: la Jurisdicción Administrativa y la Jurisdicción de Orden Judicial.

Los Tribunales Administrativos tienen competencia para conocer de las controversias entre los particulares y la Administración. Existe un Tribunal de Conflictos para dirimir las competencias administrativas y judiciales.

Los tribunales administrativos franceses han sufrido una transformación a consecuencia de las leyes de 30 y 28 de noviembre de 1953. Su organización es la siguiente: funcionan 24 tribunales administrativos más el del Sena. Residen en la prefectura correspondiente y constan de un Presidente y un conjunto de jueces designados a través de concursos de funcionarios en número de cinco cada uno de dichos tribunales. Ellos juzgan de todas las materias que expresamente la ley señala como de lo contencioso administrativo.

El Consejo de Estado desde su creación ha sufrido algunas reformas en 1953 y 1963.

Independientemente de su función de consejero del Gobierno y de los ministros, en los asuntos que le consultan, su más importante función es la de ser un Tribunal en su sección de lo contencioso.

El sistema judicialista, llamado también anglosajón, responde a una tradición secular de los países sajones y en particular de Inglaterra. En este sistema todas las controversias relativas a la Administración son de la competencia de los tribunales judiciales, como cualquier otra clase de contiendas, lo mismo públicas que privadas. Ellas se resuelven por los tribunales ordinarios y de acuerdo con el Derecho Común, sin que exista una jurisdicción especial aplicable al Estado en sus relaciones con los particulares.

Esta regla ha sufrido en los tiempos modernos algunas atenuaciones cuando han surgido instituciones que ya no resuelven sus problemas sólo ante autoridades judiciales.

Los tribunales judiciales de tan amplia competencia responden en Inglaterra a una larga evolución. Una tendencia constante al respeto a los derechos individuales, unido a la idea de una jurisdicción única o judicial, fortalecieron la unidad de la jurisdicción y la del Poder Judicial. Es importante considerar, y así lo expresa Fiorini, que "la jurisdicción analiza solamente el grado de ilegitimidad de la actividad administrativa, mas no puede intervenir en aquello que es propio y privativo de la Administración, lo que es esencia y atributo material de esta función: la ejecución, la eficacia y la oportunidad del acto dictado. La esencia de la función administrativa que es la ejecución de la oportunidad y eficacia de sus decisiones, no podrá ser realizada por los tribunales. Lo mismo pasa con el recurso de inconstitucionalidad legislativa: los tribunales podrán declarar en caso de contienda que la norma dictada por el Congreso es contraria a la Constitución, pero jamás sancionar una ley o indicar cuál sería la más oportuna".

De esta manera se enfrentaron dos sistemas que partían de principios opuestos: el judicialista y los tribunales administrativos. Los juristas han discutido con mayor o menor intensidad cuál de estos sistemas es el más apropiado. Incluso los ingleses llegaron a la afirmación de que no tenían un derecho administrativo. Los juristas franceses con-

sideraron que la existencia de servicios públicos, de problemas y de controversias entre un particular y la administración, era más que suficiente para afirmar la existencia del Derecho Administrativo. Fue Robson, el magnífico tratadista inglés, el que ha desarrollado más estas ideas. Después de la segunda guerra mundial el pensamiento administrativo inglés es de gran importancia.

También en los Estados Unidos de Norteamérica presenciamos el desarrollo del Derecho Administrativo, con el advenimiento de las comisiones reguladoras independientes y sociedades anónimas del Estado con facultades semilegislativas y semijudiciales. Las obras de Scharver ponen de manifiesto el desarrollo de esta nueva concepción del Derecho Administrativo.

De esta manera, el Consejo de Estado es un tribunal en primera instancia de las materias que han sido excluidas de los tribunales administrativos inferiores (Art. 2º del Decreto de septiembre de 1953). De importancia es su función como tribunal de apelación de los tribunales administrativos.

En resumen y refiriéndonos nuevamente a los tribunales administrativos, decimos que ellos son órganos públicos a los cuales se les da competencia para decidir, con el carácter de cosa juzgada, las controversias entre la Administración y los particulares, por un acto de la primera que lesiona al segundo, al violar sus facultades regladas.

Existen diversos tipos de recursos contenciosos, pero los principales son los siguientes: 1) el contencioso de reparación o de plena jurisdicción; 2) el contencioso de anulación; 3) el contencioso de interpretación y de apreciación de validez; 4) el contencioso electoral; 5) el contencioso represivo; 6) el contencioso fiscal, y otros más que la doctrina administrativa analiza extensamente.

La creación del Tribunal Fiscal de la Federación corresponde al sistema de lo contencioso administrativo, limitado a un tribunal de anulación, pero en franco proceso de superar esa competencia. "La ley ha creado un sistema que por lo demás es el acogido por la doctrina de lo contencioso administrativo, según el cual la resolución que debe impugnarse es aquella que se dicte a consecuencia del último recurso administrativo que las leyes establezcan, de manera que no haya ante las propias autoridades administrativas, ningún medio de defensa que se

pueda hacer valer." Ejecutoria del Tribunal Fiscal. Revista. Tomo VII, pág. 250B.

En la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal se expresó a este respecto: "El de que tome nacimiento y se desenvuelva un órgano que prestigie en México una institución como la de la justicia administrativa a la que tanto deben otros países en punto a la creación del derecho que regula los servicios públicos y construya alrededor de principios uniformes capaces de integrar un sistema de manera que en el futuro venga a sustituir con ventaja a las disposiciones administrativas que actualmente está obligado a dar el propio Poder Ejecutivo para el buen funcionamiento y desarrollo de las actividades fiscales, tan íntimamente ligadas con la vida del Estado y con la posibilidad de éste para hacer frente a las necesidades colectivas cuya satisfacción tiene encomendadas."

El Tribunal Fiscal tiene las siguientes características:

1. Formalmente es una institución administrativa y materialmente realiza una función jurisdiccional.

Su fundamento se apoya en el artículo 104, fracción I, párrafo segundo, de la Constitución, al constituir un Tribunal administrativo creado por una ley federal, con plena autonomía para dictar sus fallos. La independencia del tribunal debe ser análoga a la de los tribunales judiciales.

2. Las demás características se apoyan en que el tribunal actúa por delegación del Ejecutivo, es un Tribunal de derecho, con competencia limitada, siendo un tribunal de justicia delegada, correspondiendo al sistema llamado de anulación.

La exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal anterior, fue lo suficientemente clara para precisar la naturaleza del Tribunal Fiscal de la Federación, mas no así el texto actual del Código Fiscal vigente, que aunque alude a las causas de anulación y a sus consecuencias jurídicas, no es preciso en la determinación del recurso de anulación y de los otros aspectos jurídicos que se van presentando al aumentar su competencia.

Se ha opinado, por algunos de nuestros comentaristas, que el juicio contencioso administrativo seguido ante el Tribunal Fiscal es de plena jurisdicción; pero esta opinión debe ser aclarada suficientemente y de-

batida con mayor amplitud. Estimamos que el Tribunal Fiscal no es, por hoy, un tribunal de plena jurisdicción. Sin embargo, no es posible negar que cada vez este Tribunal extiende el campo de su competencia hacia materias que propiamente no corresponden sólo a un tribunal de nulidad.

Sabemos que es preocupación del Ejecutivo Federal una reforma de fondo del Código Fiscal, y la reflexión que hacemos es ésta: ¿por qué, de una vez, no afrontar el problema de la creación de un tribunal administrativo de plena jurisdicción y autonomía jurisdiccional, si la madurez jurídica de nuestras instituciones es evidente?

La exposición que he tenido el honor de hacer ante ustedes no ha tenido más que una sola intención, formular una visión de conjunto, panorámica, sobre la justicia administrativa y naturalmente me creí en el deber —para responder a la cordialidad y amabilidad de este tan distinguido y honorable Tribunal mexicano— de hacer un breve comentario a la naturaleza jurídica del Tribunal Fiscal de la Federación. Los juristas mexicanos deben continuar estudiando las instituciones administrativas, para que se formulen los proyectos legales correspondientes y en esa forma exaltar lo valioso de nuestra vida jurídica.

Tengo la completa certidumbre de que estamos, de inmediato, al borde de una importante transformación jurídica. México es un país joven que salió de su niñez y ha entrado en la etapa de una vigorosa juventud institucional. Las grandes presiones demográficas y económicas crean un cuadro de preocupaciones oficiales que demandan nuevas soluciones y planteamientos. En la cátedra, en los tribunales, en sus despachos, numerosos abogados se preocupan por hacer una labor de superación legal. América Latina, por ejemplo, está pendiente de todo lo que nosotros hacemos; hace algún tiempo se verificó en esta ciudad un Congreso en materia fiscal, y recuerdo que una de las cosas que más llamó la atención de los juristas fue la de enterarse de la organización de este Tribunal Fiscal. Como esos países se encuentran en una situación análoga a la nuestra, en algunos Estados ha sido adoptado este Tribunal y su ley. No puede negarse la influencia de las instituciones administrativas mexicanas en las nuevas legislaciones de Latinoamérica.

Así también me fue muy placentero el que unos días atrás, al reunirse un Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en esta capital, los juristas hicieron un elogio inusitado de nuestro juicio de amparo y de nuestras instituciones administrativas.

Estamos seguros que la superación del Tribunal Fiscal de la Federación significará una obra constructiva en beneficio de México y para gloria de los mexicanos. ¡Muchas gracias!

17. El contencioso administrativo

Humberto Briseño Sierra

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

30. Cuestiones administrativas

En la idea de Carnelutti,⁶⁸⁴ los conceptos de razón, pretensión y contestación llevan a la noción de cuestión. La afirmación comprendida en la razón (de la pretensión) que puede engendrar dudas y por ende, debe ser verificada, se convierte en cuestión. De ahí que le defina como todo punto dudoso, de hecho o derecho.

Las cuestiones resueltas se convierten en razones de la decisión, por lo que los conceptos de razón y cuestión tienen estrecha correlación. Las razones de la pretensión o de la discusión se transforman en cuestiones del proceso y éstas se traducen en razones de la decisión.

Ya antes, en sus *Lezioni di Diritto processuale civile*,⁶⁸⁵ Carnelutti había explicado que las cuestiones son una especie de vínculo entre el proceso y la litis, una especie de atadura o de soldadura entre la litis y el proceso. La cuestión es (afirmaba), todo punto dudoso de hecho o de derecho, toda falta de certeza en torno a la realidad de un hecho o en torno a su eficacia jurídica.⁶⁸⁶

Según el autor, la cuestión no se confunde con la litis ni constituye un elemento de ella. Es una causa o condición de la litis, ya que ésta existe porque existe una cuestión en torno a los supuestos de hecho o de derecho de la tutela pretendida por cada uno de los contendientes. La litis entra en el proceso, en cuanto éste resuelve las cuestiones de ella. Cabe, así, que todas las posibles cuestiones de una litis se lleven al proceso y entonces se tendrá un proceso que contendrá toda una litis (proceso integral); pero también que solamente algunas, entre las varias posibles cuestiones se lleven al proceso y, entonces, se tenga un proceso con sólo una parte de litis (proceso parcial); y, asimismo, es factible que a un proceso se lleven varias litis diversas que presenten cuestiones comunes (proceso acumulativo).

⁶⁸⁴ *Sistema*, op. cit., t. II, p. 15.

⁶⁸⁵ Padua, 1920-31, vol. IV, p. 11.

⁶⁸⁶ *Id.*, p. 30.

asientan las razones del juez, sino sobre las pruebas³⁹² eficientes de las razones de una de las partes.

De todas maneras, queda como algo positivo, la enseñanza de Carneletti en el sentido de que no todas las cuestiones del litigio son las del debate procesal. O dicho correctamente, no todo el litigio sino parte de él se expone al juez, es el objeto de la sentencia. Naturalmente que puede inquirirse por qué ha de depender de la voluntad de las partes el conocimiento del litigio, y es conveniente hacerlo por este fenómeno que se ha querido explicar con el principio de presentación de las partes,³⁹³ no sólo es perjudicial a los intereses en contienda, sino al orden jurídico mismo, pues las razones de la sentencia serán en su momento el caso juzgado y, si se quiere llegar a la verdadera administración de justicia, lo conducente es facultar al juzgador para ampliar el debate, por lo menos, hasta el límite que circunda el litigio real. No se conculca la máxima de que el juez debe decidir según lo pedido y probado, porque no se trata de que el juez pesquise, averigüe o inquiera sin ser instando, sino de que desvele lo que las partes le pueden mostrar velado. No es principio de oficiosidad, sino potestad de integración del debate.

Este problema se agudiza en el contencioso administrativo, porque las leyes positivas suelen exigir que el juzgador se atenga a la situación, tal como aparezca probada ante la autoridad administrativa. Ello impide innovar pero también esclarecer, pues la innovación significa establecer el conflicto sobre otras bases y esclarecer alude a la posibilidad de despejar dudas, errores y confusiones que pudieron provocar en la autoridad demandada la resolución impugnada. Es sabido que la doctrina seude al principio de legalidad para defender esta solución, pero ello sólo sería aplicable a un extremo: el de la demanda de nulidad y no a todo el contencioso administrativo.

a) El tema de las cuestiones tiene en el contencioso administrativo perfiles singulares, el primero de los cuales consiste la existencia de cuatro tipos de pretensión impugnativa: los llamados recursos de anulación, de plena jurisdicción, de interpretación y de represión.³⁹⁴

³⁹² O alegatos si el problema es nada más de derecho.

³⁹³ Frente al de investigación oficial.

³⁹⁴ Alfonso Nava Negrete, *Derecho procesal administrativo*, México, 1915, p. 220; Eduardo Morgan Jr., *Los recursos contenciosos administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño*, Panamá, 1961, p. 43, donde explica que en Panamá sólo se contemplan el de plena jurisdicción, el de nulidad y el de interpretación; Allan-Randolph Brewer Carías, *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1964, p. 386.

En el contencioso de anulación el papel del tribunal se limita a anular o a negarse a anular, por tanto la ley le otorga únicamente la posibilidad de privar de efectos al acto de la Administración, si está viciado de ilegalidad, sin reemplazarlo con otra resolución.³⁹⁵

El de plena jurisdicción, que Bielsa define por exclusión: lo es todo aquel que no se limita a la anulación del acto,³⁹⁶ se caracteriza por proteger una situación individual mediante el ejercicio de una acción pretendiendo la reparación del daño ocasionado a un particular en virtud de un acto ilegal de la Administración.³⁹⁷

El tercer tipo, el de interpretación, responde más a la idea que Carneletti ofrece de cuestión, pues constituye el conjunto de reglas mediante las cuales se puede solicitar y obtener de la autoridad competente la interpretación de los actos administrativos.³⁹⁸

Si la interpretación está cercana a la consulta, puesto que se exige del juez realizar una labor de investigación de la regla de derecho, señalando el sentido de un acto o de un contrato administrativo que adolecen de oscuridad; en el contencioso de represión se observa una competencia excepcional y principalmente para casos de vialidad.³⁹⁹ Las potestades se infieren de los reglamentos de la creación del órgano.⁴⁰⁰

Estas distintas competencias para resolver (no para sustanciar) presuponen la existencia de cuestiones especiales: en un caso el reconocimiento o reparación de un derecho individual vulnerado, en el otro la infracción del derecho objetivo, para limitar el problema a los contenciosos de plena jurisdicción y de anulación.⁴⁰¹ Mientras el de anulación se ha restringido al exceso de poder, el de plena jurisdicción se ha dividido en contractual, de responsabilidad extracontractual, restablecimientos, etcétera.

³⁹⁵ León Méndez Berman, *El Tribunal Fiscal. Principios básicos de su jurisprudencia*, México, 1917, p. 37.

³⁹⁶ Sobre lo contencioso administrativo, B. A., 1914, p. 92.

³⁹⁷ Antonio Martínez Baez Jr., *División de poderes y tribunales administrativos*, México, 1914, p. 44.

³⁹⁸ Pedro Guillermo Alvarado, *Principios de lo contencioso administrativo*, B. A., 1962, p. 79.

³⁹⁹ En Francia los órganos competentes son el Consejo de Guerra, los Consejos de las Universidades, el Consejo Superior de Instrucción Pública.

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 30.

⁴⁰¹ Manuel J. Argüarás, *Tratado de lo contencioso administrativo*, B. A., 1911, p. 19.

31. El desacuerdo administrativo

Lo que para Carnelutti representó el litigio en lo civil o la controversia en lo penal, se significa ahora con el término desacuerdo en lo administrativo.

La noción de desacuerdo viene elegida como la fórmula más adecuada para responder a los diversos problemas que surgen alrededor de la naturaleza del conflicto que se forma entre la Administración y los administrados.

Litigio, para Carnelutti, es conflicto de intereses; controversia, en cambio, es conflicto de opiniones. De optarse por el primer vocablo, se tendría que admitir que en el ámbito administrativo se enfrentan dos derechos: el del particular y el del órgano. Si se prefiere el segundo, habrá que sostener que en este conflicto no versan cuestiones sobre derechos.

Desde luego, el conflicto incluye intereses y derechos, de manera que la discusión no se limita a un contraste de opiniones. Sobre todo, en ese conflicto que la doctrina considera el verdadero objeto del proceso administrativo, el contencioso de plena jurisdicción,⁶⁰² la materia es calificada de derechos subjetivos.

Sin embargo, de la circunstancia de que en el contencioso administrativo el conflicto implique derechos o intereses, no se sigue que se forme un litigio, porque no son derechos en pugna, ni intereses recíprocos.

Todos estos extremos hacen necesaria una recapitulación de la misma terminología. Se habla del contencioso de anulación frente al de plena jurisdicción, y también se les denomina contencioso subjetivo y contencioso objetivo.

Los conceptos se basan en los resultados de la jurisprudencia francesa estudiando el llamado exceso de poder. Explica Duguit⁶⁰³ que en la transformación del contencioso administrativo, se comenzó por estimar que el Estado era titular del derecho subjetivo de poder, que se manifestaba en la ley y en la actividad administrativa. El individuo era titular en cuanto portaba cierto número de derechos subjetivos sintetizados en los dos de libertad y propiedad. De esta manera, en todo proceso administrativo se planteaba una cuestión de derecho subjetivo, y la sentencia habría de ser de condena. Por ello Ducrocq afirmaba que

el litigio se suscitaba por un verdadero acto administrativo violatorio de un derecho y no de un interés.

Pero el Consejo de Estado, advirtió Duguit,⁶⁰⁴ había venido dictando dos clases de decisiones que eran diferentes desde su simple aspecto exterior. En unas se limitaba a dictar la anulación de un acto administrativo o a rechazar la demanda. En las otras decidía a veces la anulación, pero no se limitaba a ello, sino que dictaba una condena contra el particular o la administración. Según terminología empleada por el Consejo, se distinguió el recurso ordinario que terminaba con una condena, del recurso por exceso de poder simplemente anulatorio del acto.

El mismo legislador consagró la terminología, y en el artículo 9 de la Ley de 24 de mayo de 1872, se dispuso que el Consejo estatuyera soberanamente en los recursos en materia contenciosa administrativa (recursos ordinarios) y en las demandas de anulación por exceso de poder.

La doctrina tuvo que intentar la distinción entre ambos recursos, pero a ello se oponía la concepción subjetivista por suponer una contienda de derechos deducidos en justicia. El libro de Laferrière⁶⁰⁵ señaló el momento de la evolución. Laferrière distinguió lo contencioso de anulación de lo contencioso de plena jurisdicción. En el primero, el tribunal se limita a anular o a negarse a anular. En el segundo puede estatuir sobre todas las cuestiones de hecho y de derecho. El ejemplo típico del contencioso de anulación era el de exceso de poder, motivado por cuatro causas: violación de una ley de competencia, violación de una ley de forma, violación de una ley de fondo y desvío de poder. Sólo el titular del derecho lesionado podía intentar el recurso por violación de una ley de fondo, y se sostuvo que el recurso por exceso de poder era siempre subsidiario.

La teoría de Laferrière significó una revolución, pero dejó inexplicada la razón de la diferencia entre estos recursos. No se esclareció por qué el de exceso de poder era subsidiario, ni por qué en ciertos casos correspondía a toda persona que tuviera un interés. Entre tanto, la jurisprudencia se ensanchaba y el recurso por exceso de poder dejaba de ser subsidiario y se otorgaba a toda persona que tuviera un interés, simplemente moral o indirecto, en hacer cesar los efectos del acto.

De ahí partió Duguit⁶⁰⁶ para afirmar que, en realidad, el recurso por exceso de poder nunca tuvo por fin y efecto sancionar un derecho subjetivo del administrado.⁶⁰⁷

⁶⁰² Op. cit., p. 282.

⁶⁰³ *Juridiction et contentieux*, París, 1896.

⁶⁰⁴ Op. cit., p. 286.

⁶⁰⁵ El Consejo declara admisible el recurso interpuesto contra los nombramientos

⁶⁰² Eduardo Morgan Jr., op. cit., pp. 118, 127 y *passim*.

⁶⁰³ Las transformaciones del derecho público, pp. 280 y *u.*

Por tales razones, Duguít procedió a descartar la noción de derecho subjetivo, haciendo intervenir la de función social y situación legal, con la que está ligada la de servicio público. El conflicto que lleva el proceso administrativo puede consistir en saber si existe una situación jurídica subjetiva y cuál sea su extensión, realizado un acto administrativo, se trata de investigar si ha dado lugar a una situación jurídica subjetiva o si ha podido modificar o extinguir una preexistente. Este pleito pertenece a lo contencioso subjetivo y el papel del juzgador es pronunciar una condena (o una absolución). La sentencia tiene un alcance individual idéntica con la situación jurídica comprobada y no puede interponerse el recurso posteriormente por la misma persona.

Por el contrario, si se busca saber si una disposición legal ha sido violada por la Administración, entonces la cuestión es sólo de derecho objetivo y el contencioso puede llamarse objetivo.

En el contencioso objetivo, el juez hace constar la violación de la ley y anularla, su decisión tiene un valor general, porque la anulación se relaciona con todos: administrados y Administración. Este recurso no puede caber contra todo acto administrativo, no puede serlo, desde luego, contra las operaciones materiales, porque ellas no se anulan, se anulan los efectos de derecho y no los hechos. Tampoco cabe contra los actos que dan lugar simplemente a una situación subjetiva; puede plantearse respecto a ellos la cuestión de si han dado lugar a una situación subjetiva o si han extinguido o modificado una anterior, pero no el saber si son conformes o contrarios a la ley; este recurso solamente puede interponerse por aquellos que pretenden ser partes en la situación.

Los actos administrativos que presentan un carácter objetivo son muy numerosos, desde los reglamentarios, a los que condicionan el nacimiento de una situación objetiva o legal, o la competencia de un agente. Ellos interesan a todo el funcionamiento del servicio y alcanzan a un conjunto indeterminado de personas. Aunque no producen por sí efectos, condicionan la aplicación de la ley que crea una situación o una competencia y, por ende, tienen indirectamente consecuencias jurídicas. El recurso es objetivo y corresponde a todos los interesados, de modo que la anulación tendrá un alcance general. La ley francesa reguló ciertos recursos objetivos, como lo contencioso electoral en que el problema consiste en la regularidad de las elecciones, lo que alcanza a to-

irregulares, por toda persona que tenga los títulos exigidos para las funciones de que se trate, y hasta los promovidos por asociaciones profesionales que pertenezcan al servicio, p. 286, nota 1.

dos, o bien la jurisdicción de conflictos en que se juzga la regularidad de la resolución.

Así pues, en el recurso por exceso de poder, todo administrado puede pedir al Consejo de Estado que decida sobre si el acto se ha realizado o no conforme a la ley; no necesita invocar un derecho, vive bajo el régimen del Estado de Derecho y puede provocar la censura de todo acto de administración que viole el derecho. Basta el interés moral como el de los individuos para ser nombrados a un cargo, o el indirecto de todo contribuyente respecto a los gastos irregulares en el municipio.

Si en cierto momento la jurisprudencia distinguió varias causas para el recurso: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder, o violación de una ley en el fondo, con reglas distintas para la admisión; posteriormente se borraron, porque la cuestión fue de saber si existía una violación a la ley, a cualquier ley, de competencia, de forma o de fondo. El recurso por exceso de poder es admisible contra todos los órganos, excepción hecha del Parlamento, las Cámaras, los tribunales y los agentes judiciales respecto de los cuales hay una fiscalización propia del personal y ante ella debe llevarse el recurso.⁶⁰⁸ El recurso procede a condición de que se impugnen actos jurídicos, lo cual motivó que durante algún tiempo, se excluyeran los actos de gobierno o actos políticos; pero la jurisprudencia se encargó de borrar el límite, defendido por la arbitrariedad y el despotismo, aunque no de manera absoluta, pues la teoría reaparece siempre, por ser tendencia natural de los hombres que ocupan el poder, el querer sustraer sus actos al conocimiento de los tribunales.⁶⁰⁹

a) De la síntesis ofrecida por la doctrina se infiere que la cuestión, o sea la afirmación dudosa o discutida en el proceso administrativo, no puede formarse por un conflicto de derechos y ni siquiera de intereses.

La referencia se hace a la noción tradicional de derechos subjetivos, porque naturalmente el conflicto es jurídico y versan en él comportamientos debidos o indebidos. Pues bien, el derecho subjetivo es el conjunto de títulos creados recíprocamente por los individuos (pactos, convenios).

Es cierto que en los procesos civiles se cuestionan muchos derechos individuales que los titulares no han creado recíprocamente;⁶¹⁰ pero ello no serviría para asimilar los contenidos de los procesos civil y admi-

⁶⁰⁸ *Op. cit.*, p. 293.

⁶⁰⁹ *Op. cit.*, p. 309.

⁶¹⁰ Familiares: filiación, alimentos, etcétera.

nistrativo, sino para advertir que en el primero también se presentan conflictos que no son estrictamente de derecho subjetivo.

Lo que en el contencioso administrativo se discute son actos⁶¹¹ de la administración, que no se encuentra respecto de los administrados, en la misma relación que se forma en lo civil. Los vínculos civiles de prestación unilateral, no dejan de ser relaciones bilaterales. En cambio las relaciones administrativas son unilaterales aun en los casos del contencioso subjetivo, y por ello tuvo Duguit que acudir al concepto de situación subjetiva.

Para aclarar estas afirmaciones, conviene observar que toda relación familiar⁶¹² se establece de persona a persona.⁶¹³

En cambio, ninguna relación administrativa se constituye *intuitu personae*. La misma reparación administrativa por lesión extracontractual, se exige de la Administración, porque contra el administrador cabe la reparación civil y la acción penal.

Entonces, la relación administrativa sigue una fórmula refleja, lo que es acto indebido afecta al derecho objetivo, del cual proviene la facultad del administrado para impugnarlo. Dicho de otra manera, si se mira una relación como la policial, que le prohíbe hacer algo o que le autoriza para ello, no está conviniendo, ni haciendo un pacto de reciproca vinculación; lo que efectúa es la aplicación de la regla objetiva, de modo que el particular que está en la situación legal, tiene la facultad que en ella se concentra. No importa una mercancía extranjera porque se haya obligado a consentirlo la autoridad, sino por llenar las condiciones que marca la ley.⁶¹⁴

Enseña la doctrina que el contencioso puede iniciarse, no sólo por quien tenga un derecho, sino hasta por quien sólo ostente un interés. Se comienza por precisar que ese interés debe ser jurídico, para continuar discriminando según los criterios legislativos. Es por ello que Enrique Sayagués Laso⁶¹⁵ enumera los siguientes grupos: países en que se

requiere un interés personal y directo,⁶¹⁶ aquellos en que se añade al interés personal y directo el legítimo,⁶¹⁷ donde se admite el interés de grupos personificados,⁶¹⁸ del contribuyente,⁶¹⁹ y países que aluden al mero interés del ciudadano o del habitante, a que los entes públicos actúen conforme a derecho.⁶²⁰

El problema ahora consiste en determinar si el interés es algo diverso al derecho, sobre todo al tradicional derecho subjetivo. Para no confundirlo con el privado, se habla con Duguit de un interés subjetivo público y, en estas condiciones, frente a la opinión de la doctrina italiana se habla de derechos debilitados. Pero la razón de ello se encuentra en la circunstancia de que su ley dispone que las controversias sobre derechos subjetivos corresponde a los tribunales civiles y las otras al Consejo de Estado.

Se han visto obligados a negar el carácter de contiendas sobre derechos subjetivos, dice Carrillo Flores,⁶²¹ por motivos de una legislación particular. Pero la solución debe ser, dice Carrillo Flores, la de que existen derechos cuando conforme a las normas de derecho positivo se está en la posibilidad de obtener, mediante un procedimiento, cuya iniciación queda sujeta a la voluntad del particular, la eliminación del acto ilegal, lesivo para sus intereses.

La explicación es atractiva, pero deja sin solucionar el problema del interés en sí. Que el particular tiene derechos en ciertas condiciones no se duda, y por ello se habla del contencioso subjetivo; pero que sin tener el título individual, sin estar en la situación subjetiva lesionada, pueda acudir ante los tribunales acusando el acto, es lo que funda la idea del interés. El caso ya comentado por Teodosio Lares, del interés en que un centro social esté cercano al domicilio particular, muestra la diferencia entre la ventaja económica, social o psicológica y el interés jurídico.

Hay el último cuando sin lesionar la situación subjetiva, o no solamente ésta, se viola el derecho. Lo que al particular se le concede es lo que erróneamente se califica de acción popular que, según Eduardo Morgan Jr.,⁶²² existe en algunos países, para recurrir contra los actos administrativos contrarios al orden jurídico general. Este caso de sím-

⁶¹¹ Generales: reglamentos, circulares, etcétera, o particulares.

⁶¹² Las unilaterales: alimentos, obediencia, etcétera.

⁶¹³ No debe confundirse la consecuencia con el efecto, de modo que la posesión de estado de hijo no se establece frente o contra todos, sino con el padre y sus consecuencias alcanzan a los demás que en algún momento lleguen a tener interés; la sentencia de estado es tan válida *erga omnes* como la de condena al pago de pesos y ambas son tan discutibles por colusión, simulación o fraude como si no existiera la consecuencia *erga omnes*.

⁶¹⁴ Si la autoridad niega o concede ilegalmente, lo discutible es la discordancia entre el acto y la ley.

⁶¹⁵ *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1919, t. II, pp. 111 y m.

⁶¹⁶ Francia.

⁶¹⁷ Italia.

⁶¹⁸ Francia.

⁶¹⁹ Francia.

⁶²⁰ Colombia y Panamá.

⁶²¹ *Op. cit.*, p. 19.

⁶²² *Op. cit.*, p. 120.

ple legitimación popular que existe en Colombia y Panamá con el nombre de recurso objetivo de nulidad o anulación, omite la referencia a la situación subjetiva y sólo contempla la necesidad de conservar el orden jurídico. Por ello el interés se aparta del derecho para limitarse al caso de la legitimación: puede promover cualquier persona, porque todas están llamadas a sostener la ilegalidad de la violación a la ley.

b) Sin prejuzgar sobre la naturaleza del procedimiento que pueda seguirse en el contencioso objetivo puro, es menester adelantar que no cabe confundirlo con el contencioso de mera anulación o de simple nulidad, porque en regímenes como el panameño, caben los dos recursos en una sola demanda, y cuando ello se hace, dice Morgan Jr.,⁶²² habrá que determinar el acto general cuya anulación se pide, y al mismo tiempo el acto particular (si lo hay), expresando las prestaciones pedidas por el recurrente para la reparación del derecho subjetivo.

En tal virtud, aunque sólo el contencioso de plena jurisdicción fuera objeto de un proceso, desde que cabe la acumulación de pretensiones de nulidad y reparación del derecho individual, subsiste el problema de determinar el supuesto del contencioso administrativo, contemplado en su generalidad.

Y al estudiarlo desde esta perspectiva, se advierte que tanto se puede tratar de la violación de un derecho individual, como de la discusión del acto por tener interés en ello conforme a la ley.

Controversia, en el sentido de conflicto de opiniones no es sostenible, porque versan derechos individuales. Pero litigio como conflicto de derechos o intereses, tampoco lo hay, en cuanto no se enfrentan, ni el derecho ni el interés del administrado frente al derecho o interés del administrador.

En el caso más grave, producido el daño, el particular reclama su resarcimiento. Si ello fuera constitutivo de una relación privada, o meramente civil, se tendría un litigio. Sin embargo, el resarcimiento no lo debe el órgano sino el ente. El órgano puede resistir por alegar: que no se causó daño, que el daño causado fue legítimo, que no hay obligación de reparar, que el derecho a la reparación ha prescrito o que no se han llenado las condiciones de admisibilidad, procedencia o concedibilidad de la indemnización.

Todas las razones que exponga el órgano serán afirmaciones jurídicas ajenas a la aplicabilidad o no aplicabilidad del patrimonio estatal al fin perseguido con la demanda. Y este patrimonio es tan ajeno del órga-

⁶²² *Op. cit.*, p. 161.

no como del particular, y sirve para fines que son comunes al órgano y al particular.

Es pues, problema de criterios. El órgano decide que no hay norma que ordene la aplicación, el particular sostiene que sí la hay y que el caso entra en su previsión. Lo que verdaderamente hace necesario el proceso contencioso, es la existencia de este desacuerdo sobre el sentido de la norma objetiva.

Algo muy semejante pero no idéntico, es lo que acontece con los recursos judiciales. No está desencaminada la terminología cuando llama recurso a la acción procesal administrativa, porque en este ámbito y en lo judicial, hay un claro sentido impugnativo del acto de la autoridad. También cuando la sentencia es desfavorable al vencido, no se discuten derechos ni intereses entre partes que serían el recurrente y la autoridad; lo que se exhibe es un desacuerdo en lo tocante a la aplicación del derecho. Y en el contencioso administrativo ese desacuerdo mira a la aplicación dada por la autoridad, a su conducta aplicadora de la ley.

Lo que aparta al desacuerdo de otros conflictos es la circunstancia de que no se enfrentan dos derechos o dos intereses. Es frecuente que la doctrina hable de oposiciones entre el interés general y el particular;⁶²³ pero este conflicto, de existir sería político y no contencioso administrativo.

En efecto, en el caso del Estado, el interés general está en el mantenimiento de la empresa de gobierno. Si la ventaja o conveniencia de un particular⁶²⁴ se contraponen a las conveniencias o necesidades de la empresa, entonces se presenta un problema de filosofía política: introducir una norma que supedita la conveniencia del ente a la del particular o la de éste a la de la empresa: individualismo o socialismo.

Pero constituido el Estado, el interés en su mantenimiento conforme a las reglas de principios orgánicos respectivas, el interés particular ya no entra en conflicto, pues fue originalmente absorbido por la Constitución.

La indemnización que se reclama por lesión individual, no pasa de ser la pretensión de que el caso particular entra en la previsión general.⁶²⁵ En otras palabras, el particular sostiene que la ley le autoriza a reclamar la reparación, en tanto que la autoridad, como órgano legitimado para

⁶²⁴ Que surgen, dice Carnelutti, *Sistema*, I, p. 16, en orden a la seguridad personal del particular y el colectivo de la defensa del territorio que reclama la exposición de aquél a los peligros de la guerra.

⁶²⁵ Que sería el interés privado afectable, porque el tutelado por la ley no puede encontrar oposición en ella.

⁶²⁶ El Estado sólo es responsable en la medida que establecen sus leyes.

acertarla y pagarla, pretende que el caso no cae dentro de la norma positiva.

Median, por tanto, cuestiones de derecho y de interés, pero no conflictos entre intereses y derechos. El desacuerdo está entre el litigio y la controversia, porque del primero tiene el punto común de la existencia de derechos e intereses y del segundo la ausencia de disputa de intereses o derechos recíprocos. Es por ello que el ministerio público, actuando en lo penal, siempre es actor, en tanto que su papel en lo contencioso administrativo puede ser de demandado o coadyuvante de éste y aún cabe que sea meramente dictaminador.

En el recurso de nulidad o de control de la legalidad y el recurso de inconstitucionalidad dice —Morgan Jr., refiriéndose a la ley panameña—⁶²⁷ tienen la característica análoga de la posición que debe adoptar el representante del ministerio público. Ambos procedimientos deben ser tramitados con audiencia del procurador general o del procurador auxiliar, actuando en defensa del orden constitucional o legal; es decir, no tienen el deber de defender el acto impugnado, sino el orden jurídico.

Aunque en el contencioso subjetivo, al ministerio público corresponde la defensa de los actos atacados,⁶²⁸ no por ello se puede creer que se pasa del desacuerdo al litigio, pues la defensa es procesal, esto es, no se intenta la defensa de un derecho subjetivo nacional o municipal,⁶²⁹ sino del criterio de la autoridad administrativa que ya venía en desacuerdo con el criterio del demandante.

32. El contenido contencioso

Una corriente bien identificada por su intención de desterrar definitivamente los términos contencioso administrativo, explica que la terminología apropiada es la de proceso administrativo.⁶³⁰

Los vocablos contencioso administrativo, se recuerda, tienen su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser órganos de la propia Administración, ya que siguiendo la idea de la división de poderes, se piensa que la justicia no debe inmiscuirse en los asuntos relativos a la Administración Pública. Pero en

regímenes, como el argentino, en que constitucionalmente no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, estos casos son de litigio judicial en materia administrativa.

Sin embargo, desde Oskar Van Bülow,⁶³¹ la neta separación entre la relación jurídica procesal y las relaciones de derecho sustantivo que constituyen la materia del debate, permite observar que no es lo orgánico ni lo formal, lo que puede servir para caracterizar al proceso, y que no es lo debatido dentro de él lo que define su tipo.

Las deformaciones de las leyes positivas pueden ofrecer en determinado momento, casos de litigios civiles sustanciados y resueltos por órganos administrativos,⁶³² sin que ni la forma, ni la materia, ni el órgano que conoce y decide, sean suficientes para sostener o negar la existencia de un proceso.

Fuera de la estructura jurídica de los actos: ejercicio de acciones y potestad jurisdiccional, las demás notas son insuficientes. El proceso es único en cuanto serie de acciones y jurisdicción, de manera que poco importa que en su seno se desenvuelva un litigio, una controversia penal o un desacuerdo administrativo. La política legislativa puede optar por encomendar el conocimiento de ese desacuerdo administrativo a la judicatura, a la propia administración o a tribunales especiales. Lo importante será: la existencia de un verdadero proceso y la índole del conflicto.

Es por ello que puede seguir denominándose contencioso administrativo a lo que tradicionalmente ha formado el conjunto de debates procesales sobre conflictos administrativos. La denominación contencioso administrativo permite, además, una coincidencia de observación teórica. En poco perjudica a la ciencia el mantenimiento de una terminología tradicional y, en cambio, la doctrina identifica de inmediato el problema.

Hablar de proceso administrativo tiene, por otro lado, el peligro de implicar los juicios de la Administración sobre materias que no son propiamente desacuerdos administrativos, tal y como sucedería si se contemplara el proceso laboral mexicano, sustanciado ante juntas de Con-

⁶²⁷ *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Trad. Miguel Ángel Rosas Liebschtein, Bs. As., 1964, p. 2.

⁶²⁸ Ley de Vías Generales de Comunicación, título II, capítulo II, D.O. 15/II/1940 y artículo 251 del Reglamento del capítulo de "Explotación de Caminos" de la Ley de Vías Generales de Comunicación, D.O. 24/VIII/1949, que regulan reclamaciones entre consignatarios y portadores; ello sin contar con que, reído hacia el campo penal, hay opiniones doctrinarias, como la de Manuel Rivera Silva, *El procedimiento penal*, México, 1944, p. 97, que sostienen que los delitos de querrela necemaría son verdaderos litigios privados que no debieran ser llevados a las cortes penales como acontece legal y realmente.

⁶²⁹ *Op. cit.*, p. 117.

⁶³⁰ Morgan, *op. cit.*, p. 81.

⁶³¹ Los casos patrimoniales privados son civiles.

⁶³² Agustín A. Gordillo, "Acerca de la revisión judicial de los actos administrativos —Confusiones que origina 'lo contencioso administrativo'—", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, III, septiembre-diciembre, 1961, p. 113.

acertarla y pagarla, pretende que el caso no cae dentro de la norma positiva.

Median, por tanto, cuestiones de derecho y de interés, pero no conflictos entre intereses y derechos. El desacuerdo está entre el litigio y la controversia, porque del primero tiene el punto común de la existencia de derechos e intereses y del segundo la ausencia de disputa de intereses o derechos recíprocos. Es por ello que el ministerio público, actuando en lo penal, siempre es actor, en tanto que su papel en lo contencioso administrativo puede ser de demandado o coadyuvante de éste y aun cabe que sea meramente dictaminador.

En el recurso de nulidad o de control de la legalidad y el recurso de inconstitucionalidad dice —Morgan Jr., refiriéndose a la ley panameña—⁴²⁷ tienen la característica análoga de la posición que debe adoptar el representante del ministerio público. Ambos procedimientos deben ser tramitados con audiencia del procurador general o del procurador auxiliar, actuando en defensa del orden constitucional o legal; es decir, no tienen el deber de defender el acto impugnado, sino el orden jurídico.

Aunque en el contencioso subjetivo, al ministerio público corresponde la defensa de los actos atacados,⁴²⁸ no por ello se puede creer que se pasa del desacuerdo al litigio, pues la defensa es procesal, esto es, no se intenta la defensa de un derecho subjetivo nacional o municipal,⁴²⁹ sino del criterio de la autoridad administrativa que ya venía en desacuerdo con el criterio del demandante.

32. El contenido contencioso

Una corriente bien identificada por su intención de desterrar definitivamente los términos contencioso administrativo, explica que la terminología apropiada es la de proceso administrativo.⁴³⁰

Los vocablos contencioso administrativo, se recuerda, tienen su origen en los tribunales administrativos franceses de tal nombre, que se caracterizan por ser órganos de la propia Administración, ya que siguiendo la idea de la división de poderes, se piensa que la justicia no debe inmiscuirse en los asuntos relativos a la Administración Pública. Pero en

regímenes, como el argentino, en que constitucionalmente no puede negarse a los habitantes el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, estos casos son de litigio judicial en materia administrativa.

Sin embargo, desde Oskar Van Bülow,⁴³¹ la neta separación entre la relación jurídica procesal y las relaciones de derecho sustantivo que constituyen la materia del debate, permite observar que no es lo orgánico ni lo formal, lo que puede servir para caracterizar al proceso, y que no es lo debatido dentro de él lo que define su tipo.

Las deformaciones de las leyes positivas pueden ofrecer en determinado momento, casos de litigios civiles sustanciados y resueltos por órganos administrativos,⁴³² sin que ni la forma, ni la materia, ni el órgano que conoce y decide, sean suficientes para sostener o negar la existencia de un proceso.

Fuera de la estructura jurídica de los actos: ejercicio de acciones y potestad jurisdiccional, las demás notas son insuficientes. El proceso es único en cuanto serie de acciones y jurisdicción, de manera que poco importa que en su seno se desenvuelva un litigio, una controversia penal o un desacuerdo administrativo. La política legislativa puede optar por encomendar el conocimiento de ese desacuerdo administrativo a la judicatura, a la propia administración o a tribunales especiales. Lo importante será la existencia de un verdadero proceso y la índole del conflicto.

Es por ello que puede seguir denominándose contencioso administrativo a lo que tradicionalmente ha formado el conjunto de debates procesales sobre conflictos administrativos. La denominación contencioso administrativo permite, además, una coincidencia de observación teórica. En poco perjudica a la ciencia el mantenimiento de una terminología tradicional y, en cambio, la doctrina identifica de inmediato el problema.

Hablar de proceso administrativo tiene, por otro lado, el peligro de implicar los juicios de la Administración sobre materias que no son propiamente desacuerdos administrativos, tal y como sucedería si se contemplara el proceso laboral mexicano, suscitado ante juntas de Con-

⁴²⁷ *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Trad. Miguel Ángel Roas Lichtschein, Bs. As., 1944, p. 2.

⁴²⁸ Ley de Vías Generales de Comunicación, título n.º, capítulo n.º, D.O. 19/II/1940 y artículo 251 del Reglamento del capítulo de "Explotación de Caminos" de la Ley de Vías Generales de Comunicación, D.O. 24/VIII/1949, que regulan reclamaciones entre conguatarios y portadores; ello sin contar con que, yendo hacia el campo penal, hay opiniones doctrinarias, como la de Manuel Rivera Súa, *El procedimiento penal*, México, 1944, p. 57, que sostienen que los delitos de querrela necesaría son verdaderos litigios privados que no debieran ser llevados a las cortes penales como sucesos legal y malamente.

⁴²⁹ *Op. cit.*, p. 117.

⁴³⁰ Morgan, *op. cit.*, p. 11.

⁴³¹ Los casos patrimonialistas privados son civiles.

⁴³² Agustín A. Górrillo, "Acercas de la revisión judicial de los actos administrativos —Confinamos que origina 'lo contencioso administrativo'—", en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, III, septiembre-diciembre, 1961, p. 113.

ciliación y Arbitraje, formadas por la Administración activa con representantes patronales y obreros que actúan a la manera del escabinato germánico o como conjuces. Proceso en lo administrativo, es un giro que puede hacer pensar en el contencioso burocrático exclusivamente, y proceso administrativo simplemente, lleva a discutir si cuestiones tales como las rectificaciones de actas del estado civil, son juicios civiles o administrativos conocidos por la judicatura.

Contencioso administrativo es, pues, una calificación que hace meditar en los problemas del contenido al par que en cuestiones de organización. Se piensa desde luego en un tribunal especial y en un cierto grupo de temas, para pasar posteriormente al análisis de ángulos particulares como los principios que rigen la sustanciación, la eficiencia probatoria, la naturaleza del fallo y sus efectos.

Por lo demás, una revisión de los textos vigentes en Iberoamérica, lleva a la conclusión de que las palabras contencioso administrativo permiten, tanto ubicar el tema, como determinar las diferencias específicas. Así, a partir del Texto Refundido de la Ley de lo contencioso administrativo, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, se advierte que en España integran el llamado recurso, dos tipos de impugnaciones: la de plena jurisdicción y la de anulación.⁶²³ Estos recursos pueden intentarse contra resoluciones que causen estado, emanen de la Administración en ejercicio de sus facultades regladas, vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una ley, un reglamento y otro precepto administrativo; y, en materia provincial y municipal, cabe el recurso contencioso administrativo de anulación por incompetencia, vicio de forma o cualquiera otra violación de leyes o disposiciones administrativas si el recurrente tiene interés directo en el asunto.⁶²⁴

La noción de lo contencioso administrativo implica ciertos límites que en la ley española se fijan excluyendo de esta jurisdicción a las resoluciones que la Administración dicte en aplicación y ejecución de leyes y disposiciones referentes a depuración, responsabilidades políticas, desbloqueo, abastecimientos, prensa y propaganda, radiodifusión, cinematografía y teatro; las resoluciones de la Administración central, referentes a personal, incluso las que recaigan sobre clasificaciones y señalamientos de haberes pasivos de los funcionarios y de sus familias; pero no se comprenden las que impliquen separación del cuerpo o servicio o destitución de los funcionarios de los cuerpos nacionales de administra-

ción local, si se dictan como sanción y no como depuración ni responsabilidades políticas que exijan expediente administrativo contra funcionarios o empleados inamovibles según ley; las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieran a la potestad discrecional; las cuestiones de índole civil o criminal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y aquellas otras que por su naturaleza sean de la competencia de otras jurisdicciones;⁶²⁵ las resoluciones que sean reproducción de otras anteriores que hayan causado estado y no hayan sido reclamadas, y las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido apelados en tiempo y forma; las que se dicten con arreglo a una ley que expresamente las excluya de la vía contenciosa; las consultadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar como Asamblea de las Órdenes Militares de San Hermenegildo y San Fernando; las ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de jefes, oficiales y suboficiales de los ejércitos de tierra, mar y aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas, a postergaciones impuestas reglamentariamente o al pase de la situación de retirado con arreglo a las Leyes de Selección de Escalas, consultadas con el Consejo Superior del Ejército, de la Armada o del Aire; pero continuarán atribuidas a la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos celebrados por la Administración central, provincial y municipal, para obras y servicios públicos de toda especie, así como aquellas cuestiones respecto de las que se otorguen recursos especialmente en una ley o reglamento, si no estuviesen comprendidas en las excepciones del artículo anterior.⁶²⁶

Se estime incorrecta o no la especificación de materias susceptibles de ser llevadas a esta competencia,⁶²⁷ lo importante es que ya desde la enunciación del tema ha quedado precisado su contenido abstracto, con independencia de su diferenciación concreta por obra del legislador nacional.

Es así como en la más antigua de las leyes argentinas, el Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de

⁶²³ Se consideran de índole civil las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de este carácter y las que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica, o sea, como sujeto de derechos y obligaciones.

⁶²⁴ Artículos 4º y 5º.

⁶²⁵ Atribuida a las Salas Tercera y Cuarta de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sala de Revisión de lo Contencioso Administrativo, y Tribunales Provinciales de lo Contencioso Administrativo, según el artículo 11, incluido en el capítulo primero del título segundo.

⁶²⁶ Artículo 1º.

⁶²⁷ Artículo 1º, apartados 1º a 3º.

Buenos Aires de 22 de diciembre de 1905,⁶⁴⁰ se reputan causas contenciosas administrativas las que inicien los particulares o alguna autoridad administrativa, reclamando contra una resolución definitiva, dictada por el Poder Ejecutivo, las municipalidades o la Dirección General de Escuelas (Ministerio de Educación) y en que se vulnere un derecho de carácter administrativo, establecido en favor del reclamante por una ley, un decreto, un reglamento u otra disposición administrativa preexistente.⁶⁴¹ A ello se añadió que todas las resoluciones definitivas de las autoridades administrativas, que rescindan, modifiquen o interpreten contratos celebrados por ellas, en su carácter de poder público, darán lugar a una demanda contencioso administrativa, previa denegación a revocarla de la autoridad que la hubiese dictado.⁶⁴² Igualmente, se estableció que la denegación o concesión de una pensión o jubilación, hecha por el poder administrador, daría lugar a la acción contencioso administrativa, por parte del que considerare vulnerados sus derechos; declarándose acción contencioso administrativa la empleada para repetir las sumas indebidamente pagadas en concepto de impuesto.⁶⁴³ Se dispuso también que la revocación de una resolución administrativa consentida por el particular interesado, daría lugar a que éste promoviera el juicio contencioso administrativo para el efecto de que se restableciera el imperio de la anulada, exceptuándose la que tuviere por objeto rectificar errores de hecho o de cálculo, que podrían ser corregidos administrativamente.⁶⁴⁴ En este campo se incluyó la acción por retardo, cuando la administración no dictare las providencias de trámite en un asunto que diere lugar a una acción contencioso administrativa, en los plazos establecidos por la misma autoridad, en los decretos o reglamentos que fijaren sus procedimientos.⁶⁴⁵

En cambio se excluyeron de esta jurisdicción, además de los casos de consentimiento tácito o expreso,⁶⁴⁶ las cuestiones en que la autoridad administrativa procediere en ejercicio de sus facultades discrecionales, aquellas en que el derecho vulnerado sea de orden civil o en que la autoridad procediere como persona jurídica, las resoluciones que fueren

reproducción de otras en que no se hubiesen reclamado oportunamente, y sobre asuntos en que alguna ley declarare expresamente que quedaban excluidos de la acción contencioso administrativa.⁶⁴⁷

Si en esta ley no se prevé el recurso objetivo o de anulación, como ya lo han hecho otras argentinas, a saber: los códigos de Córdoba (1941), de La Rioja (1946), de Jujuy (1948), de Santa Fe (1951) y de Santiago del Estero (1951), sin embargo, existe la determinación de una materia generalmente identificada por los términos contencioso administrativo, particularidad que permite adentrarse en la regulación, sin que sea impedimento el que el tribunal especial sea la Suprema Corte al fallar en definitiva sobre el fondo de la causa y al resolver los incidentes,⁶⁴⁸ porque este tribunal de única instancia, actuando singularmente sobre tal materia, determina un problema orgánico aparte: el de aclarar si existe o no un tribunal administrativo para una materia administrativa. Conviene recordar que el propio Varela acudió a las fuentes norteamericanas para invocar la creación de la Corte de Reclamos⁶⁴⁹ como tribunal de lo contencioso administrativo, de manera que su vinculación con el órgano judicial se originó, tanto en lo dispuesto por la Constitución provincial,⁶⁵⁰ como en las circunstancias de conveniencia orgánica y territorial de su provincia.

Pero los términos contencioso administrativo son, además, un índice para seguir una línea de sistematización que alcanza su grado más evolucionado en aquellas legislaciones que cuentan por supuesto, con un tribunal especial.

Tal es el caso de Colombia, que ha influido posteriormente en Panamá. Su Constitución de 1886 creó un Consejo de Estado siguiendo tradiciones consultivas; pero en el numeral tercero del artículo 141 le confirió la atribución de decidir, sin ulterior recurso, las cuestiones contencioso administrativas si la ley establecía esta jurisdicción, ya fuera a conocer de ellas en primera y única instancia o en apelación.

Este Consejo, suprimido por acto legislativo de 1905, se restableció en la reforma constitucional de 1914, indicándose claramente que tenía la tarea de desempeñar las funciones de Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, conservando las orientaciones de la Constitución de 1886.

La competencia había sido organizada por Ley de 1913, de manera

⁶⁴⁰ Preparado por Luis V. Varela con apoyo en la ley de esta fecha y convertida en ley por Decreto de 9 de enero de 1906, reformado posteriormente por disposiciones especiales, como la Ley de Presupuesto para 1913, el Código Fiscal de 1948 o la Ley de 19 de agosto de 1952.

⁶⁴¹ Artículo 1°.

⁶⁴² Artículo 1°.

⁶⁴³ Artículo 4°.

⁶⁴⁴ Artículo 5°.

⁶⁴⁵ Artículo 7°.

⁶⁴⁶ Artículo 14.

⁶⁴⁷ Artículo 29.

⁶⁴⁸ Artículo 14.

⁶⁴⁹ *The Court of the Claims*.

⁶⁵⁰ Artículos 157 y 159.

que en 1914 las atribuciones del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo se asignaron al Consejo de Estado.

Esta competencia consistió en la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del ministerio público, de los ciudadanos en general o de las personas que se creyeran vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la ley.⁶¹⁰

Por tanto, el actual Código de lo Contencioso Administrativo da por establecida constitucionalmente la competencia especial y se limita a expresar que se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.⁶¹¹

Originalmente fue necesario, dice la doctrina,⁶¹² fue preciso recurrir a las antiguas distinciones entre actos de imperio y actos de gestión, entre personalidad pública y personalidad privada del Estado, y por ello el artículo 40 del Código Judicial expresa que corresponde a la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil de única instancia, conocer privativamente de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la nación con cualquier entidad o persona, aunque la nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos.

Por su parte, el artículo 76 del mismo código, señala que los Tribunales Superiores de Distrito Judicial conocerán en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los que trata el artículo 40; de los asuntos contenciosos en que sea parte un Departamento y en que se controviertan cuestiones de derecho privado, cualquiera que sea de su cuantía, con la misma salvedad; y del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios ejecutivos que conozcan los recaudadores de rentas públicas departamentales y jueces de ejecuciones fiscales del departamento, investidos de competencia coactiva.

Si esta distribución se hizo sobre la base de la doble personalidad del Estado, teoría que ha entrado en plena crisis, no impidió que en el Código Contencioso Administrativo se enumeraran los casos en que el Consejo de Estado conoce privativamente y en segunda instancia.

En el primer caso, según el artículo 34, le corresponden las contencio-

ciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones en tiempo de guerra, de las indemnizaciones a cargo del Estado por causa de trabajos públicos nacionales; de los asuntos relativos a la navegación marítima, fluvial, de los ríos navegables, en que se ventilen cuestiones de mero derecho administrativo, en cuanto no sean de la competencia exclusiva de la Corte Suprema de Justicia;⁶¹³ de las causas o negocios contenciosos sobre presas marítimas; de las cuestiones que se susciten entre el Estado y uno o más departamentos o municipios, sobre competencia de facultades administrativas, o entre dos o más departamentos, o entre uno de éstos y una intendencia o comisaría, por el mismo motivo; de las cuestiones respecto a la condición de ocultos que tengan los bienes denunciados como tales; de la decisión sobre extinción de la condición resolutoria de los baldíos nacionales, conforme al artículo 7 de la ley 52 de 1931; de los juicios de revisión de las cartas de naturaleza; de los juicios contra las resoluciones y actos de la Contraloría General de la República, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades Anónimas; de los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta; y de los juicios electorales, de acuerdo con el capítulo XX de la ley.

En cuanto a la competencia de segunda instancia, el artículo 35 declara que le corresponden las apelaciones o consultas de las sentencias definitivas de los tribunales administrativos, en los casos previstos por la ley; las apelaciones de los autos de suspensión provisional dictados por los mismos tribunales, conforme al capítulo XI; de las apelaciones contra los autos de fenecimiento con alcance proferidos por la Contraloría General de la República; cuando el alcance ascienda a más de quinientos pesos; de las apelaciones contra las relaciones de la misma entidad; y de las apelaciones contra decisiones relativas a recompensas o pensiones de acuerdo con lo previsto en el capítulo XVIII de la ley.

Todavía los artículos 36 y 37 se refieren a la competencia para conocer por consulta de los negocios que indique la ley, y para decidir las controversias que se susciten entre los tribunales administrativos, por razón de competencia, sobre los impedimentos y recusaciones de los miembros del Consejo, de los conjueces y del secretario y de las excusas de los conjueces para asunto determinado o en general.

⁶¹² Artículo 36, numeral 2º, del Código Judicial.

⁶¹⁰ Artículo 1º.

⁶¹¹ Artículo 1º, ley de 1941.

⁶¹² Guillermo Hernández Rodríguez, "Repercusión en materias de competencia de la creación del contencioso administrativo en Colombia", en *Revista de la Universidad Libre*, núm. 8 y 9, agosto y septiembre de 1936, p. 44.

33. Limitación del contenido

Si se considera el problema de las relaciones entre la administración pública y el particular, en abstracto y desde el exterior, se llegará a la conclusión de que los desacuerdos que significan el conflicto particularmente calificado, deben ser resueltos mediante operaciones jurídicas que no difieren de las realizadas en los demás supuestos de litigios civiles o controversias penales.

En el Estado aparecen los conflictos intersubjetivos de una manera natural, como expresiones que son del cumplimiento o interpretación de las normas vigentes. No habría, pues, razón suficiente para pensar en una organización especial que viniera a encargarse de la solución del contencioso administrativo.

Tal podría ser la razón por la que ciertos países iberoamericanos desconozcan el contencioso administrativo y, sin embargo, regulen las contiendas entre el particular y la administración judicialmente. En cuanto a la materia sobre la que versa, dice Alfredo Buzaid,⁶⁵³ el mandamiento de seguridad es un recurso administrativo; bajo el aspecto jurisdiccional, en cambio, es un remedio judicial. Se trata de un medio por el que el particular puede anular las medidas de ejecución, posesorias o cautelares que hace afectiva la administración sin intervención judicial.

La calificación de proceso administrativo por el contenido judiciable sería adecuada. La doctrina advierte que el mandamiento es improcedente contra actos jurisdiccionales por regla general y que, en cambio, cabe contra la actividad administrativa de los funcionarios judiciales si no se trata de providencias de jurisdicción voluntaria.⁶⁵⁴

El mandamiento es un instituto procesal específico para enmendar el acto ilegal, dice J. M. Othon Sidou.⁶⁵⁵ El Poder Judicial ejerce sobre el cumplimiento de la ley el más amplio control y conforme al artículo 11 de Código Civil, las personas jurídicas de derecho público son civilmente responsables por los actos de sus representantes que en tal ca-

lidad causen daños a terceros, procediendo contra derecho o faltando al deber prescrito por la ley.⁶⁵⁶

Hay, pues, un procedimiento judicial para proteger derecho líquido y cierto no amparado por *habere corpus*, siempre que ilegalmente o con abuso de poder, se alegue sufrir violación o tener justo temor de sufrirla por parte de la autoridad, sea de la categoría que fuere o las funciones que ejerza; considerándose como autoridad a los administradores o representantes de las entidades autárquicas o personas naturales o jurídicas con funciones delegadas por el poder público, solamente en lo que concierne a esas funciones.⁶⁵⁷

Esta institución, llevada después al Código del Proceso Civil, artículos 319 a 331, modificados más tarde por la ley federal número 1533 de 1951, representaría el contencioso administrativo brasileño, si no fuera por circunstancias que se repiten en aquellos regímenes en que la ausencia de este proceso especial produce una confusión de materias. El mandamiento ha llegado a ser considerado como un medio de control de la inconstitucionalidad,⁶⁵⁸ porque abarca a la violación la ley ordinaria y a la ley constitucional, pudiendo haberse precipitado de la expresión abuso de poder que, según Fagundes significa violación de reglas de la competencia.⁶⁵⁹

La dificultad, pues, de su ubicación ha sido vista por Alcalá-Zamora,⁶⁶⁰ para quien se trata de un proceso administrativo con una cierta contaminación constitucional, derivada de la posibilidad de utilizarlo frente a actos de autoridad de cualquiera de los poderes del Estado.

Pero a ello, debe añadirse que en el Brasil, con relación a los impuestos y la renta, a las ganancias excesivas y a todo otro tributo que tenga carácter adicional del que grava la renta, tras las reclamaciones que pueden presentar los contribuyentes o los agentes de retención ante la propia entidad recaudadora, cabe dirigirse en apelación al Primer Consejo de Contribuyentes, organismo de estructura peculiar, con caracteres semejantes al Consejo de Tarifas, competente en materia de derechos aduaneros. Este Consejo entiende, tanto de las acciones o recursos voluntarios, como de las apelaciones que por medio de recursos de oficio

⁶⁵³ Pero existe la vía de regreso contra el funcionario cuando tenga culpa, según el artículo 124 de la Constitución.

⁶⁵⁷ Ley 191, artículo 1º

⁶⁵⁸ Según Seabra Fagundes, citado por Alejandro Ríos Espinoza, "Preocupaciones constitucionales del mandado de seguridad", en *Tres estudios...* op. cit., p. 91.

⁶⁵⁹ Usurpación de poder, excusa en la actuación legal, simulación o apariencia de legalidad, op. cit., pp. 91-6.

⁶⁶⁰ "El mandado de seguridad brasileño, visto por un extranjero", en *Tres estudios...* op. cit., p. 113.

⁶⁵³ "Juicio de amparo e Mandado de Segurança", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. x, núms. 37 a 40, enero-diciembre de 1960, p. 141.

⁶⁵⁴ Hector Fix Zamudio, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", en *Tres estudios sobre el mandado de seguridad brasileño*, Instituto de Derecho Comparado, México, 1963, p. 22, donde agrega que en casos excepcionales y por la amplitud protectora del mandamiento, la jurisprudencia ha admitido su procedencia contra actos jurisdiccionales si no existe recurso eficaz contra las resoluciones y que tenga efectos suspensivos que eviten los perjuicios de difícil o imposible reparación.

⁶⁵⁵ *Do mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1959, p. 190.

le dirija la autoridad administrativa, contra decisiones recaídas contra el fisco por cierta cuantía. Resuelto el recurso de reconsideración ante el mismo Primer Consejo de Contribuyentes, queda a salvo el recurso del fisco de interponer ante el ministro de Hacienda un medio impugnativo que conduce a decisión definitiva e irrevocable, pero si el perdedor fuere el particular, cabe acción de anulación ante un órgano judicial, el tribunal federal competente, contra cuyas decisiones es factible apelar ante el Tribunal Federal de Recursos y, en ciertos casos, ante la Corte Suprema de Justicia. Otros recursos sobre impuestos federales se llevan al Segundo Consejo de Contribuyentes, pero ni éste ni el anterior son competentes para reclamaciones por repetición de impuestos, las que deben intentarse ante el director general del Tesoro Nacional y, en caso de rechazo, ante los tribunales judiciales.⁶⁶¹

Todavía más, por decreto 906 A, de 7 de noviembre de 1890, el Gobierno Provisional de la República Brasileña, creó el Tribunal de Cuentas para el examen, revisión y juzgamiento de los actos concernientes a los gastos públicos o que afecten las finanzas de la República, juzgando también de las responsabilidades y condenando a su pago. Este tribunal de tipo ecléctico como le llama la doctrina,⁶⁶² juzga también de la legalidad de los contratos, arrendamientos, y pensiones según el artículo 77 de la Constitución Federal. Figura dentro de la sección VI: Del Poder Legislativo, siendo por tanto un órgano auxiliar de éste, y así lo declara la Ley 830 de 23 de septiembre de 1949.

Su carácter es, según opinión de Buzaid, de un tribunal administrativo con funciones limitadas a los juzgamientos indicados: sobre cuentas por responsabilidad de dineros y otros bienes públicos y de los administradores de las entidades autónomas, aprecia la legalidad de los contratos, sus adjudicaciones, modificaciones y pagos. En ello, dice Buzaid, se asemeja a la actividad jurisdiccional del Poder Judicial. En el campo que la Constitución le ha conferido, fiscaliza la administración financiera y la ejecución de la ley reglamentaria, examen que precede al conocimiento del Poder Legislativo del cual resulta tribunal de primera instancia, si bien las liquidaciones no impugnadas se consideran aprobadas sin reexamen.

En suma, concluye Buzaid, cuando el Tribunal de Cuentas fiscaliza, directamente o por las delegaciones creadas por la ley, la ejecución del

⁶⁶¹ Adolfo Atchabahian, "Lo contencioso tributario en América", en *Rev. Trib. Fiscal*, cit., pp. 169-170.

⁶⁶² Mário Mazzúo, citado por Alfredo Buzaid en su trabajo inédito *O Tribunal de Contas no Brasil*.

presupuesto, y cuando juzga la legalidad de los contratos, adjudicaciones y demás, es órgano auxiliar del Congreso. Pero cuando juzga sobre las cuentas de los responsables por dineros u otros bienes públicos y de las de los administradores de entes autónomos es corporación administrativa autónoma. Sus decisiones basadas en cosa juzgada pueden ser revocadas por el Poder Judicial, que las acatará conforme a la ley.

Con tales peculiaridades, se puede decir con Jesús González Pérez,⁶⁶³ que si el Reglamento brasileño de 1842 regulaba la función del contencioso administrativo del Consejo de Estado, con el advenimiento de la República se suprime el contencioso administrativo y, aparentemente, las pretensiones impugnativas del particular se confían a la organización judicial.

Este caso típico de países sin regulación especial sobre el contencioso administrativo, grupo que González Pérez integra con México y Nicaragua,⁶⁶⁴ permite llegar a una primera conclusión: ahí donde falta el contencioso administrativo, los límites del contenido procesal, o sean del desacuerdo susceptible de ser juzgado por tribunales especiales, es indefinido. La razón es obvia, pues si en Brasil se duda en dos sentidos: en cuanto a la posibilidad de incluir los actos jurisdiccionales y las cuestiones de inconstitucionalidad, en México y Nicaragua, a los que debe añadirse Guatemala respecto al amparo regulado por la ley 1539 de 1948, tanto cabe impugnar actos jurisdiccionales como violaciones constitucionales.

a) Ahora bien, el contencioso administrativo por antonomasia y no por consideraciones axiológicas, tiene un primer límite: la legalidad. Lo que se persigue es reducir los actos de las autoridades a los términos de la ley, pues la conformidad de ésta con los principios constitucionales es materia de otras vías.⁶⁶⁵

Si se observan las pretensiones del contencioso administrativo y de las impugnaciones de inconstitucionalidad en lo que tienen de oposición u objeción de los particulares, se pueden ofrecer semejanzas, y ello se ha hecho en la doctrina panameña, donde se advierte que ambos recursos pueden ser interpuestos por cualquier persona,⁶⁶⁶ sin requerirse para

⁶⁶³ *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1915, t. 1, p. 227.

⁶⁶⁴ *Id.*, t. 1, pp. 228 a 259.

⁶⁶⁵ Recurso de inconstitucionalidad o controles de nulidad de leyes, cit. J.A.C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, Una contribución de las Américas a la ciencia política*, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1963.

⁶⁶⁶ El de nulidad y el de inconstitucionalidad incluidos en el artículo 167 de la Constitución, Morgan, op. cit., p. 117.

la legitimación más que estar domiciliado en el país.⁶⁰⁷ En ambos casos se ordena la tramitación con audiencia del procurador general o del procurador auxiliar actuando en defensa del orden constitucional o legal, lo que excluye la contención propiamente dicha entre partes, y también se asimilan en que no existe plazo de decadencia para interponer la instancia.⁶⁰⁸ En cuanto al fallo, sus efectos son declaratorios de nulidad.

Pero la conclusión es que el recurso de nulidad es en el proceso administrativo lo que el recurso de inconstitucionalidad en el orden constitucional.⁶⁰⁹ En seguida vienen las diferencias: el de nulidad busca que la actividad administrativa quede dentro del marco de la legalidad, de ahí que sea procedente la intervención adhesiva de terceros, que no cabe en el de inconstitucionalidad, donde sólo intervienen las personas afectadas. Pero sobre todo, es fundamental la distinción del objeto o *thema decidendum*, pues en la impugnación de inconstitucionalidad, la misma ley es objeto de control.

b) El segundo límite viene consignado en las modernas legislaciones iberoamericanas, se encuentra en los actos vinculados a la materia civil, específicamente los contratos. Así, el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 sobre organización de la Jurisdicción Contencioso Administrativa colombiana,⁶¹⁰ establece que no son acusables las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato. Esta exclusión no se funda en la noción de servicio público sino en la doctrina que clasifica los actos por la forma como se manifiesta la declaración de voluntad, según que tengan por objeto la idea de poder o de gestión o gerencia de los negocios públicos.⁶¹¹ Escapan, así, de la jurisdicción contencioso administrativa todas las actuaciones realizadas por la administración como consecuencia o desarrollo de un concurso bilateral de voluntades; por ende, para determinar la competencia del Consejo de Estado debe examinarse la naturaleza de los actos a fin de determinar si han sido realizados en desarrollo de estipulaciones voluntarias pactadas entre la Administración y la persona que se con-

sidera lesionada, porque si tal cosa es cierta, tales actos hacen incompetente a dicha jurisdicción.⁶¹²

Criterio semejante siguió la Corte Suprema de Justicia venezolana,⁶¹³ indicando que si la Administración ha obrado en el contrato como persona jurídica privada, o sea como sujeto de derechos y obligaciones de naturaleza civil, hay que considerar dicha convención también como de índole civil y ajena a la vía contencioso administrativa. Y el Proyecto de Ley de Procedimientos Administrativos de 1963, establece en su artículo 113, letra a, que no corresponderán a esta jurisdicción, las cuestiones civiles, mercantiles y del trabajo, aun cuando en ellas sea parte o haya de intervenir la Administración Pública.

En cuanto a la más reciente normatividad, la Ley 3667 Reguladora de la Jurisdicción Administrativa, de 12 de marzo de 1966 de Costa Rica, en su artículo 2º se da competencia a esta jurisdicción para conocer de lo relativo al cumplimiento, interpretación, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por el Estado y demás entidades de derecho público, cuando tengan por finalidad obras y servicios públicos. En su apartado c) se agrega que conocerá también de las cuestiones que la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás leyes atribuyen exclusivamente a la vía civil de hacienda.

Esta ley, cuya expedición fue impulsada por la tesis doctoral de Gonzalo Retana Sandí,⁶¹⁴ tuvo, pues, el propósito señalado por dicho autor,⁶¹⁵ de hacer que los mismos órganos jurisdiccionales conocieran de las pretensiones dirigidas contra el Estado, ya se fundaren en derecho administrativo⁶¹⁶ como en derecho civil.⁶¹⁷ Tal fue la idea expuesta en el Dictamen de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa,⁶¹⁸ al analizar en detalle el proyecto, indicando la unificación de las vías civil, de Hacienda y contencioso administrativa, atribuyendo a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de todo litigio en que figure como parte el Estado, sin que interese si ha actuado como poder o en uso de su capacidad de derecho privado, lo que evitará los conflictos de jurisdicción.

⁶⁰⁷ No se necesita de un derecho individual violado, ni de un interés legítimo lesionado y ni siquiera de un simple interés jurídico.

⁶⁰⁸ No hay prescripción, dice Morgan, pues no se discuten derechos que puedan extinguirse ni siquiera intereses que puedan perderse por el transcurso del tiempo.

⁶⁰⁹ *Id.*

⁶¹⁰ "Código contencioso administrativo", "Con notas, concordancias, jurisprudencia del Consejo de Estado y normas legales complementarias", por Jorge Ortega Torres, Bogotá, 1961, p. 188.

⁶¹¹ Auto 23 de enero de 1949, t. LVIII, p. 340.

⁶¹² Sent. 13 de julio de 1951, t. LXI, p. 399.

⁶¹³ CE-117-1, 3-12-19, Brewer Carías, *op. cit.*, p. 327, nota 19.

⁶¹⁴ *Revista del Colegio de Abogados*, t. XXI, núm. 12, julio, 1966, San José, Costa Rica, p. II, Prefacio.

⁶¹⁵ *La jurisdicción contencioso administrativa en Costa Rica y su reforma*, *op. cit.*, p. 253.

⁶¹⁶ Vía contencioso administrativa.

⁶¹⁷ Vía civil de hacienda.

⁶¹⁸ *Op. cit.*, p. 318.

Frente a esta reforma, la vieja ley argentina de Varela, o la anterior Ley Lares mexicana de 1853, han sido superadas en un sentido: unificación de la competencia. Pero todavía queda por averiguar si con ello se ha logrado superar la limitación aludida. En el fondo, la unificación de competencia no significa la desaparición del contencioso civil entre la Administración y el particular. Por muy saludable que sea, en ningún momento entraña una conversión de lo civil en lo administrativo, ni la aplicación de principios de esta rama a la otra. El mismo tribunal conocerá de ambas clases de conflictos, pero de ahí no se sigue que hayan de resolverse semejantemente, al grado de permitir, por ejemplo la facultad rescisoria unilateral, propia del servicio público. La relación de subordinación en que se encuentra el cocontratante frente a la Administración, dice Brewer Carías,⁶⁷⁸ conlleva o la facultad de sancionar administrativamente el incumplimiento del contrato administrativo, siendo la más grave sanción la de rescisión; y a estas facultades se deben añadir la de modificar unilateralmente el contrato, la de tomar decisiones ejecutivas respecto a la inteligencia del mismo, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades contractuales, su nulidad, caducidad, resolución, alcance e interpretación del contrato.

c) Así como del contencioso administrativo queda excluida la actividad legislativa y los actos legislativos, porque el principio que le guía es, cabalmente, el de legitimidad de los actos, que implica el apego a la ley vigente,⁶⁷⁹ sin que ello signifique que deban sustraerse las actividades de otros poderes cuando sean administrativas, pues es acusable todo acto de autoridad de carácter administrativo, esté encuadrada la misma o no en el Poder Ejecutivo;⁶⁸⁰ y tal es el caso de los actos de los órganos jurisdiccionales dictando nombramientos de funcionarios o reglamentando;⁶⁸¹ pues de la misma manera se suelen desterrar de esta competencia los actos judiciales.

La doctrina hace referencias confusas a los actos jurisdiccionales, sosteniendo que no son susceptibles de ser recurridos por ningún motivo ante los órganos contencioso administrativos;⁶⁸² pero en realidad tiene en mente los actos jurisdiccionales de los órganos judiciales, pues si se amplía la mención a todos los que puedan tener carácter jurisdiccional, no cabría hablar de recursos, segunda instancia o procesos sobre procesos administrativos.

⁶⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 197 y ss.

⁶⁷⁹ Brewer Carías, *op. cit.*, p. 320.

⁶⁸⁰ Retana Sardi, *op. cit.*, p. 254.

⁶⁸¹ Brewer Carías, p. 323.

⁶⁸² Brewer Carías, p. 322.

En efecto, el acto jurisdiccional puede ser efectuado por el órgano judicial, tanto como por el legislativo o la Administración, y, precisamente, el contencioso administrativo ha venido siendo identificado, en primer lugar, por la especialización del juez. Entonces, lo correcto es hablar de eliminación del control de los actos jurisdiccionales de otros órganos que no sean los competentes del contencioso administrativo, para dejar fuera de esta zona a los actos jurisdiccionales del Poder Judicial y del Poder Legislativo, así como los de la misma índole de los particulares: arbitraje, y aun de organismos permanentes como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, creada por resolución XLI de la Séptima Conferencia Internacional Americana en 1933,⁶⁸³ o de organismos paraestatales o descentralizados, como la Comisión Nacional de Seguros, creada por la Ley General de Instituciones de Seguros,⁶⁸⁴ pues aunque a la misma se le otorguen características administrativas, al limitarse a conocer de reclamaciones contra las instituciones de seguros por razones derivadas del contrato de seguro, su materia es privada.⁶⁸⁵

d) En cuarto lugar, se habla de actos de gobierno que son los realizados por los llamados Cuadros Superiores del Poder Ejecutivo, y que se separan de la Administración, por estar atribuidos como delegación inmediata de la Constitución y no condicionados por las leyes. Su ubicación se hace en el mismo plano de la legislación: actuación directa de la Constitución y, por ende, su control se lleva a cabo por vías diversas.⁶⁸⁶

Constituciones como la venezolana, llegan hasta hablar de dos funciones de la autoridad administrativa: administración y gobierno, lo que conduce al control constitucional.⁶⁸⁷ Mas la doctrina no estima que se trate de actos discrecionales, grupo aparte que integra nueva exclusión.

El acto de gobierno, que la jurisprudencia francesa ligó originalmente con el móvil político hasta 1875, ha quedado posteriormente en la indefinición por razones de enumeración casuística que, aunque con tendencia a la reducción constante, no ha derivado hacia la precisión de sus datos connotativos. Lo único que puede decirse dentro de esta corriente,

⁶⁸³ Marvin G. Goldman, "Arbitration in Inter-American Trade Relations: Regional Market Aspect", en *Inter-American Law Review*, vol. vii, January-June, 1961, Tulane, N. Orleans, pp. 91-126.

⁶⁸⁴ 26/VIII/1933.

⁶⁸⁵ En contra del criterio de la Suprema Corte de Justicia de México, según se mira en Varios 210/19, "Wood, Compañía General de Seguros", S. A., amparo contra laudo de la Comisión Nacional de Seguros, estableciendo que se trata de un acto administrativo de competencia del juez de Distrito.

⁶⁸⁶ Brewer Carías, *op. cit.*, p. 26.

⁶⁸⁷ Artículo 190, ordinales 2, 5, 6, 7, 18 y 21 y artículos 240 y ss. de la Constitución venezolana, cfr. Brewer Carías, *op. cit.*, p. 108, nota 30.

es que se trata de actos que cumple el Ejecutivo en sus relaciones con una autoridad pública, y que escapa a todo control jurisdiccional.

Pero en Venezuela, por ejemplo, la situación ha ido variando, de manera que, si bien no son objeto del contencioso administrativo, sí pueden serlo del control constitucional. En definitiva, no se trata de actos administrativos y no están sujetos al principio de legalidad a cuyo rango se asimilan, y por ello en el mismo Proyecto de 1963, el artículo 113, letra b señala que no corresponderá a la jurisdicción administrativa las cuestiones relativas a los actos de gobierno, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual se estima como contra-sentido por Brewer Carías,⁶⁵⁵ ya que se trata de indemnizaciones del Estado y no de la Administración, únicas que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, conforme al artículo 206 de la Constitución. El acto de gobierno es dictado en libre apreciación de su oportunidad y conveniencia y por ello no está sometido a la ley, pero sí a su control en vía especial.⁶⁵⁶

e) En quinto lugar se habla de la potestad discrecional. Se trata del renglón de la actividad opuesta a la reglada, o sea a la que tiene preestablecida la decisión aplicable.

Se dice que si las funciones administrativas tuvieran que someterse todas al principio de legalidad, la actividad se convertiría en una elaboración mecánica de los actos, sin libertad para apreciar la oportunidad o conveniencia y sin posibilidad de tomar la iniciativa en sus tareas.

Cuando la autoridad puede adoptar, suprimir o modificar sus providencias sin estar condicionada por norma legal expresa, se entra en el campo de la discrecionalidad. La ley no puede prever, dice Brewer Carías,⁶⁵⁷ y reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad; de ahí que se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deje a éstos una cierta libertad de apreciación de los hechos.

En este sentido, las leyes suelen pronunciarse por la inadmisibilidad de la demanda, de manera que el artículo 29 del código para la Provincia de Buenos Aires expresa que la Suprema Corte desechará *in limine* toda demanda que verse, en primer lugar, sobre cuestiones en que la autoridad administrativa haya procedido en ejercicio de sus facultades discrecionales⁶⁵⁸

En su Exposición de Motivos, explicaba Varela que el poder administrador tiene facultades que escapan a todo control y ningún acto de este tipo puede dar lugar al contencioso administrativo, aun cuando pudiese justificar un juicio por inconstitucionalidad de la medida si fuere contraria a la Constitución.⁶⁵⁹

En aquellos países que carecen de un auténtico contencioso administrativo, como Bolivia, aunque se prevean las respectivas causas,⁶⁶⁰ se omiten disposiciones sobre el tema de la facultad discrecional.

En cambio, cuando el contencioso administrativo es regulado así sea someramente, como sucede en Ecuador, el problema es por lo menos decidido en principio. Por ello en el artículo 4º del Reglamento de lo Contencioso Administrativo de 1947 se expresa que este recurso es uno de los jurisdiccionales establecidos por el Estado para garantizar y amparar los derechos de los particulares o instituciones públicas frente y contra la Administración, cuando ésta actúe en uso de sus facultades regladas y no discrecionales.

En Guatemala no se habla de actos discrecionales, pero su Ley de lo Contencioso Administrativo de septiembre de 1936, en su artículo 17 precisa que no son materia del recurso las materias que por la naturaleza de los actos nazcan o versen sobre cuestiones que pertenezcan al orden político o de gobierno, afecten a la organización del Ejército o a la de los servicios generales del Estado y a las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas y a la defensa del territorio, sin perjuicio de las indemnizaciones a que se pueda tener derecho.⁶⁶¹

Por su parte, la ley colombiana, al establecer los motivos por los que

⁶⁵⁵ Op. cit., p. 225.

⁶⁵⁶ Su Ley de Organización Judicial, de 31 de diciembre de 1857 comienza por indicar en su artículo 33 que los jueces despacharán con preferencia a toda otra causa civil, las relativas a hacienda pública, quedando derogado todo fuero en las de fraude contra sus rentas; luego en su artículo 51 atribuye a la Corte Suprema, entre otras cuestiones, el conocer de todas las materias contenciosas relativas al patronato nacional que ejerce el Gobierno Supremo de la República, el oír las consultas que le dirijan los tribunales y elevarlas al cuerpo legislativo, conocer de las causas contenciosas que resulten de los contratos, negociaciones y concesiones del Poder Ejecutivo, y conocer de las demandas contencioso administrativas a que diere lugar las resoluciones del mismo —numerales 1º, 2º, 12 y 13—; y todavía en el artículo 151 indica el orden en el despacho de las Cortes y Juzgados, señalando en primer lugar las cuestiones incidentales, las causas criminales y, en tercero, las de hacienda, las que interesen a los establecimientos públicos y concluye con las de indígenas particulares, las de pobres de solemnidad, las civiles y las que pidan providencia en sala; pero ya nada se expresa ni en esta ley ni en la de Procedimiento Civil Boliviano de 1852, respecto al punto que ahora interesa.

⁶⁵⁷ Además se consideran de carácter civil las cuestiones que emanen de la Administración actuando como persona jurídica o sea como sujeto de derechos y obligaciones.

⁶⁵⁸ Op. cit., p. 325, nota 51.

⁶⁵⁹ Inconstitucionalidad.

⁶⁶⁰ Op. cit., p. 34.

puede ser acusado el acto, indica en el artículo 66 que la acción de nulidad procede cuando ha sido expedido en forma irregular o con abuso o desviación de atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere.

La jurisprudencia ha entendido que la denominación de falsa motivación no es sino una de las formas o modalidades que puede revestir la desviación de poder y que hay que distinguir entre motivación falsa y motivación materialmente inexacta, constituyendo la última un desvío de poder o un obrar caprichoso. Logra así, esta jurisprudencia, introducir el concepto de moralidad o juridicidad de la administración, vía por la que conforme a la doctrina de Zannobini o de Garrido Falla, se restringe el poder discrecional. Por medio de la moralidad administrativa se desciende con el juez, a los casos particulares para conocer los móviles del acto.⁶⁹⁴

La ley dominicana que instituye la jurisdicción contencioso administrativa, reglamentando el artículo 32, inciso 12 de la Constitución de 1947, aunque excluya de la competencia del Tribunal Superior Administrativo las cuestiones que versaren sobre la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos, decretos, resoluciones o actos, así como los actos que dictare o realizare el Poder del Estado en uso de atribuciones constitucionales, y aquéllos relativos a la conservación de la seguridad y el orden público;⁶⁹⁵ y a pesar de que estipulaba que el recurso procedía específicamente contra los actos administrativos violatorios de la ley, los reglamentos, y decretos que vulneraren un derecho de carácter administrativo establecido con anterioridad en favor del recurrente por ley o contrato administrativo, aludía en forma directa a los actos que constituyan un ejercicio excesivo, o desviado de su propósito legítimo, de facultades discrecionales conferidas por las leyes, reglamentos o decretos.⁶⁹⁶

f) El tema del acto discrecional amerita una consideración especial, no sólo por las confusiones a que ha dado lugar, sino por las diversas significaciones que tiene en las leyes iberoamericanas y en sus respectivas doctrinas.

En algunos casos, la caracterización del acto discrecional se hace con simplicidad, como cuando Julio Alberto d'Avis S.⁶⁹⁷ se limita a señalar que los actos se clasifican en reglados y discrecionales por su contenido.

Los primeros suponen la existencia de una regla objetiva a la que debe conformarse el acto. Cuando desaparecen las limitaciones sobre el momento, el contenido y la forma, aparece el discrecional. Por tanto, se trata de un acto que se produce en ausencia o insuficiencia de la ley, por un estado de necesidad administrativa o cuando el propio precepto normativo autoriza expresamente el ejercicio de la discrecionalidad o de la libre apreciación, que no puede lindar con la arbitrariedad, siendo más bien un ejercicio ajustado a la equidad, a la competencia y a la continuidad administrativas, frente a las numerosas hipótesis silenciadas por las leyes, ignoradas o no previstas por ellas. El acto discrecional deberá proceder siempre de un órgano dotado de competencia y nunca podrá acusar desproporción o desequilibrio entre el medio empleado y el fin perseguido.

En otras obras, como las de Bartolomé A. Fiorini⁶⁹⁸ o de Miguel S. Marienhoff,⁶⁹⁹ el problema es observado con mayor agudeza.

De las consideraciones de estos autores, se sigue que el concepto de acto discrecional está íntimamente ligado con la existencia de una organización contencioso administrativa especial. El sistema judicialista, dice Fiorini,⁷⁰⁰ exhibió una absoluta inhibición para controlar la actividad administrativa y en especial la gestión discrecional, en tanto el del contencioso administrativo presentó una superioridad absorbente sobre los actos de la administración de cualquier clase que fueren.

Ello todavía es válido para sistemas como el mexicano en que a través de una vía de control constitucional como el amparo, se intenta resolver judicialmente una dificultad que nace, no en la Constitución sino en las leyes.

Ante todo, es menester determinar si se ha de hablar de acto o de actividad administrativa discrecional. Mientras Fiorini sostiene que se ha de hablar de actividad porque se alude con ella a la manifestación de un poder absoluto que tenían ciertos órganos de la Administración para emitir los actos calificados de discrecionales; Marienhoff opina que habiendo cambiado el concepto porque la Administración se halla totalmente sometida al orden jurídico, cualquiera que sea el tipo de actividad que ejerza, es correcto hablar del acto en sí.

La razón parece estar del lado de Marienhoff, puesto que nada en la empresa de gobierno puede estar fuera de sus propósitos y principios. Un poder dentro de otro no tiene sentido y no cabe admitir que cierta

⁶⁹⁴ Sent. 14 de septiembre de 1961, t. LXIII, p. 316, *Op. cit.*, p. 137.

⁶⁹⁵ Artículo 7.

⁶⁹⁶ Artículo 1.

⁶⁹⁷ *Curso de derecho administrativo*, La Paz, 1960, p. 317.

⁶⁹⁸ *La discrecionalidad en la Administración pública*, Bs. As., 1952.

⁶⁹⁹ *Tratado de derecho administrativo*, Bs. As., 1956.

⁷⁰⁰ *Op. cit.*, p. 17.

parte de los órganos estatales sean absolutos en su manifestación, que sean soberanos o incontrolables.

En consecuencia, cuantas veces se hable de actividad, se estará significando el conjunto de los actos y la calidad o categoría de un ente. Ello lleva a sostener que tratándose de actos administrativos, para poder hablar de discrecionalidad, se ha de partir de varios supuestos ineliminables.

En primer lugar, el acto discrecional en este campo ha de ser un acto administrativo. Con ello se establece que la discrecionalidad no es una nota que desnaturalice o aparte lo administrativo. El acto discrecional deberá exhibir las características de lo administrativo, so pena de confundir los problemas.

Aunque aparentemente se conduzca a una paradoja, lo cierto es que al hablar del acto discrecional se ha de observar la actividad dentro del orden jurídico, de la actividad conformada a los fines legales. No es discrecional sino arbitrario el acto que se sale de la legalidad por su procedencia, objeto o finalidad.

En seguida es menester puntualizar que el acto discrecional no es el acto privativo. En el conjunto de normas estatales, unas son constitucionales y otras legales. El acto discrecional no está previsto en las primeras. Ciertamente hay preceptos que confieren al Ejecutivo la facultad para realizar o no determinados actos, como el conceder indultos o conmutación de penas, pero ello no significa discrecionalidad, sino competencia. Corresponde a la Administración y, particularmente al Ejecutivo en los regímenes republicanos, la expresión de ciertas conductas: con ello se elamina de la competencia de los otros órganos este cúmulo de funciones, pero no se les convierte en actos discrecionales.

La discrecionalidad está en la ley ordinaria. La competencia privativa, dice Fiorini,⁷⁰¹ por su origen constitucional, por su carácter excepcional, por su limitación restringida, por su pretensión de carácter político, nada tiene que hacer con la discrecionalidad administrativa. En muchos de estos actos, además, la discrecionalidad está excluida, como sucede con la convocatoria de las cámaras legislativas, los ascensos militares, donde no hay actos oportunos y nuevos, sino previamente dispuestos.

Queda así precisado que la discrecionalidad y la novedad son notas coexistentes. Encomendar al ministerio público la persecución de los delitos es darle competencia privativa, pero no discrecionalidad. Sus facultades pueden y deben estar controladas, sin perjuicio de que dentro de esta función se puedan autorizar actos discrecionales propios.

⁷⁰¹ *Op. cit.*, p. 72.

La calidad de acto discrecional corresponde a la clasificación de la actividad administrativa y se enfrenta al acto reglado. Pero no se trata, dice Marienhoff,⁷⁰² de que la discrecionalidad se aposente en la finalidad del acto, en sus elementos, contenido u objeto, ni tampoco en su causa. En ciertos casos, la discrecionalidad mira a un dato y en otros al siguiente, es decir, el acto será reglado en su objeto y discrecional en su causa o viceversa y ambos están supeditados al fin, porque de otra manera se producirá un desvío de poder.

En realidad, el acto reglado está predeterminado y se emite en virtud de normas que reglan su manifestación específica. La Administración no tiene posibilidad de elegir entre varias posibles decisiones; su conducta viene de antemano señalada por la regla de derecho: si se solicita una concesión de agua para irrigar, dice el autor,⁷⁰³ y se satisfacen los extremos impuestos por el derecho vigente, la Administración debe otorgarla, porque su conducta está vinculada por la norma imperativa.

Lo contrario es el acto discrecional. Aquí la Administración obra con libertad en algún extremo. Lo que la ley prevé es la finalidad a cumplir, es una predeterminación genérica. La Administración procede a valorar los hechos o situaciones para resolver si la finalidad se cumple con ellos, concediendo o negando en consecuencia.

Lo que efectúa la Administración es un juicio de oportunidad, seleccionando criterios y fórmulas, como cuando la ley autoriza al Ejecutivo para condonar impuestos, para fomentar con exenciones a cierto tipo de industrias. En estas condiciones, la autoridad no obra conforme a criterios legislativos sino por datos revelados por la técnica o la política, considerando el mérito, la oportunidad y la conveniencia del acto.

Conveniencia y oportunidad no significan determinación de lo indeterminado. Forsthoff⁷⁰⁴ menciona una larga lista de palabras empleadas en las leyes como bien común, utilidad pública, orden público, seguridad pública, facilidad de tránsito, peligro, peligrosidad, utilidad, provecho, perjuicio, daños, adecuación, visibilidad, al comenzar el día, por la noche, a menudo, frecuentemente, periódicamente, etcétera. Estos conceptos indeterminados están limitados,⁷⁰⁵ y dentro de sus márgenes hay posibilidad de elección, pero ella conduce a la inteligencia de la idea expresada o perseguida por el legislador. Si se prohíbe vender por la noche, la autoridad debe dar a estas palabras un significado relativo,

⁷⁰² *Op. cit.*, t. II, p. 410.

⁷⁰³ *Op. cit.*, t. II, p. 412.

⁷⁰⁴ *Op. cit.*, pp. 123 y u.

⁷⁰⁵ Porque de otra manera no serían conceptos, agrega Forsthoff, p. 123.

proporcionado al caso. De ahí que Forsthoff concluya⁷⁰⁶ que la determinación de conceptos puramente empíricos no es ejercicio de la potestad discrecional sino interpretación.⁷⁰⁷

En cambio, cuando se trata de conceptos de valor, opina el autor, aunque éstos no son problemáticos,⁷⁰⁸ ni conexos,⁷⁰⁹ cuando entran en contacto con la experiencia pueden chocar.⁷¹⁰

La discrecionalidad está, entonces, en la elección de comportamiento en el marco de una realización de valores. El orden jurídico da validez al medio considerado como adecuado para la realización del valor de que se trate, de manera que la autoridad actúa de acuerdo a cánones y criterios de diversa naturaleza, pero no legislativos. Ello no impide ni excluye el que la Administración deba obrar respetando la finalidad de la norma y los respectivos valores morales como en el ejercicio reglado de sus funciones.

Vista la circunstancia de que la Administración actúa siempre para ubicar y realizar en la vida social las condiciones impuestas por la norma jurídica, su actividad no es ciega ni automática. De ello se sigue que el principio que le rige es el de la discrecionalidad y, por excepción, obra en forma reglada cuando el texto legal así lo precisa.

La Administración ha de satisfacer el interés público respetando los fines esenciales de la norma y las reglas de moral, de modo que el acto discrecional no puede violar estos criterios. La oportunidad, la prudencia, la rapidez o la energía aconsejada como más conveniente según el conocimiento de personas, tiempos, lugares y demás circunstancias, es lo que implica la potestad discrecional. Su fuente está, desde luego, en el principio general anotado, y después en la disposición positiva legal.⁷¹¹

Para reconocer dónde existe potestad discrecional, es menester recurrir a la inteligencia de la norma, comenzando por establecer el grado de vinculación que existe entre la actividad y el orden jurídico.⁷¹² En seguida, debe procederse a observar si la emisión del acto está preferen-

temente subordinada a la apreciación subjetiva de los hechos o circunstancias por el órgano.

En lo que toca a las formas, no hay una determinación que permita facilitar el control a menos que la ley las imponga, supuesto en el que tanto ellas, como el procedimiento prescrito, no impiden que se trate de actividad discrecional.

En el ámbito de las restricciones a la libertad pública, en cambio, la regla es contraria, y se requiere ley expresa que sirva de fundamento. Todo ello respecto a la facultad para emitir el acto, pero en cuanto a sus elementos han de revisarse las circunstancias para determinar el contenido del acto. Y, finalmente, no puede hablarse de discrecionalidad frente a los objetivos legales.

Justificado el acto discrecional por la imposibilidad de automatizar la función administrativa que perjudicaría los intereses públicos, ya que la oportunidad del acto no es algo que pueda precisarse de antemano, en forma general o *a priori*; resulta que esta expresión de iniciativa en lo administrativo no lleva a la tajante división de actos reglados y discrecionales absolutos, sino que en ellos suele prevalecer un carácter sobre el otro.

Para identificar el aspecto en que el acto está vinculado o es discrecional, Marienhoff,⁷¹³ procede a distinguir los momentos y contenidos del acto.

Mientras para toda clase de actos jurídicos, lo discrecional alude lo mismo a su emisión⁷¹⁴ como a los elementos, en lo administrativo primordialmente atañe a la voluntad,⁷¹⁵ pero ella no es elemento sino supuesto *sine qua non* de su existencia.⁷¹⁶ La voluntad no pasa de ser el mecanismo que pone en movimiento la causa para lograr el efecto; el acto administrativo es naturalmente voluntario, no se concibe su existencia sin la expresión de voluntad: declaración, disposición o decisión. Pero el acto, lo emitido, no se constituye con la voluntad, no es ésta un elemento de aquél y no se confunde ni con la finalidad,⁷¹⁷ ni con la forma,⁷¹⁸ ni con la causa, el contenido y el objeto. El acto viene después de la declaración de voluntad expresada en la forma adecuada por las reglas que determinan su legalidad y vinculándose a los elementos que

⁷⁰⁶ Op. cit., p. 126.

⁷⁰⁷ *Rectius*: inteligencia del concepto, para dar al vocablo interpretación al contenido de la sentencia: *inter pretis*, de entre dos pretensiones tomar una.

⁷⁰⁸ No ofrecen problemas de elección, y así no cabe elegir entre orden y caos, seguridad y peligro.

⁷⁰⁹ No varían entre sí relación de exclusión.

⁷¹⁰ Necesidad de preferir uno a otro en ciertas condiciones.

⁷¹¹ No constitucional porque ésta determina lo privativo o competencial, no lo discrecional.

⁷¹² La prelación, dice Marienhoff, t. u, p. 417, está en favor de la discrecionalidad como regla.

⁷¹³ T. II, p. 422.

⁷¹⁴ Voluntad para ello.

⁷¹⁵ Puede no emitirse.

⁷¹⁶ Los elementos son: sujeto, causa, objeto, forma, finalidad, y moralidad, op. cit., t. II, p. 278.

⁷¹⁷ Que la incluye.

⁷¹⁸ En que se expresa.

estructuran y condicionan esa voluntad para hacerla idónea a la eficacia jurídica.

Así pues, siendo discrecional el aspecto de la emisión, como no atañe al acto en sí, no sirve para calificarlo. Para hacerlo es indispensable el resultado: el acto, cuyo contenido u objeto será discrecional según las circunstancias del caso.

A veces, dice Marienhoff,⁷¹⁸ el contenido puede quedar dentro de la potestad discrecional y otras estar fuera. Sin perjuicio del principio de que la Administración no puede hacer sino lo que le permite el orden jurídico, en unos supuestos, su competencia llega a la valoración de los hechos que sirvan de base para la emisión del acto: la apreciación será meramente subjetiva; en otras ocasiones, el órgano tiene margen para tomar decisiones más o menos amplias, para afirmar o negar respecto a un objeto predeterminado.

En el primer extremo, la Administración tiene discrecionalidad en lo tocante al contenido, y todo depende de su apreciación subjetiva. En el segundo no hay propiamente discrecionalidad, porque dicha apreciación será solamente el medio para aplicar la norma.

En este punto parece haber llegado la doctrina a la médula del problema. Si en el acto reglado no puede hablarse de discrecionalidad ni en la emisión, porque no toca a la Administración decidir si ha de expresar o no su voluntad, en el acto discrecional, la potestad comienza desde este aspecto. Pero a los efectos del control, tal discrecionalidad es intrascendente, porque si la autoridad emite el acto, lo eficaz será su contenido y no su condición *sine qua non* de haber sido emitido (voluntad).

Ahora bien, cabe que la Administración no emita el acto, este caso tampoco es determinante, porque si lo discrecional está en la valoración de los hechos, no existiendo valoración alguna no puede haber control. Se exigirá que la Administración responda a la solicitud de licencia, pero ello obedece a que es acto reglado. En cambio no se le puede demandar que emita declaración de que una sociedad de responsabilidad limitada es de interés público, porque las circunstancias que aprecia están sometidas a su estimación subjetiva.

Ya expresado el acto, lo discrecional radica en el contenido. Pero aun aquí, acontece que si el órgano sólo tiene margen para una decisión afirmativa o negativa con respecto a un objeto predeterminado, su apreciación servirá apenas como medio o supuesto de aplicación de la norma y como índice de discrecionalidad. En consecuencia, solamente si el contenido se libra a la discrecionalidad de la Administración se puede

hablar de ejercicio de esta potestad. Por tanto, el acto discrecional, a diferencia del reglado, puede ser emitido o no; de ahí que el carácter discrecional se refiera a la emisión y eventualmente al contenido, teniendo siempre a la satisfacción del interés público.

Expresa la doctrina que el poder discrecional no implica ausencia de legalidad.⁷²⁰ Por ende, la oportunidad y la conveniencia que aprecia la Administración, tienen un control inmediato por ella misma, a través de las instancias que pueden utilizar los administrados, como son los recursos gubernativos, en particular el jerárquico.

Pero en lo que atañe al control jurisdiccional, la jurisprudencia venezolana ha establecido que en cuanto al mérito o fondo, la facultad no puede ser revisada ni anulada por otro órgano, habiéndose declarado incompetente para tal objeto.

Es, pues, respecto a su legalidad que los actos discrecionales, como los reglados, se encuentran sometidos al control jurisdiccional. A su lado, la discrecionalidad está limitada por otro control jurisdiccional, el que atañe a sus fines. El acto administrativo no puede traspasar los linderos de la verdad y la equidad. La discrecionalidad, se ha venido insinuando en la doctrina y en la jurisprudencia, no implica arbitrariedad ni injusticia, la Administración no debe obrar sólo por su elección, sino considerando los fines.

La violación de éstos conduce a un exceso de la competencia y el control opera revisando la correspondencia entre los motivos, el fin perseguido y los medios utilizados.

El nacimiento del recurso por exceso de poder nació en Francia para la impugnación de los actos viciados de ilegalidad, llamándosele recurso de anulación, el cual, en la terminología iberoamericana, recibe la denominación de recurso de exceso de poder, algunas veces asimilado al abuso de poder y hasta confundido con el desvío de poder.⁷²¹

En sentencia de 9 de agosto de 1917, la antigua Corte Federal venezolana señaló que el acto dictado por órgano competente, cumpliendo los preceptos de la ley positiva, dentro de su apariencia de legalidad podía adolecer de otros vicios como el exceso o abuso de poder, por el cual se está observando la transgresión de las normas constitucionales y legales vigentes. La característica que estableció la jurisprudencia⁷²² fue la de que en la aplicación de la ley, se tergiversan los supuestos de hecho que autorizan la función del órgano.

⁷²⁰ Brewer Carías, p. 51.

⁷²¹ Brewer Carías, p. 66.

⁷²² Brewer Carías, *op. cit.*, p. 67, notas 121 a 123.

Insistió la Corte venezolana en que no debía confundirse el abuso de poder con la desviación de poder, porque el primero consiste en hacer uso indebido de poder, independientemente del fin logrado, ya sea porque se tergiversa la verdad desnudándose los hechos o bien por otra causa. El abuso de poder, en cambio, se encuentra en las hipótesis en que la Administración, sin violar un precepto, realiza un acto en el que altera la verdad que sirve de supuesto.

El vicio de abuso o exceso de poder es, pues, para Brewer Carías,⁷²³ el que acompaña al acto administrativo cuando el agente que lo cumplió hizo uso indebido del poder que le fue atribuido para su actuación por la ley. En este sentido, el más característico es el que acompaña a los actos administrativos cuando el funcionario que los dictó, modificó los supuestos de hecho alterando la verdad de los considerados en el acto administrativo; su causa.

g) Bastaría lo anterior para dejar establecida la contrapartida a los límites del control del acto administrativo, si no fuera porque las exposiciones doctrinarias y las interpretaciones jurisprudenciales, han conducido a nuevas confusiones entre desvío de poder y figuras paralelas.

El problema se ha desarrollado conforme al siguiente esquema: el acto administrativo es susceptible de producir un conflicto cuando una conducta de la autoridad produce un acto o una omisión que son materia de impugnación, en tanto que atentan contra el derecho o el interés del particular.⁷²⁴

El conflicto origina el contencioso administrativo de la típica competencia de un tribunal especial.⁷²⁵

Pero hay actos que no están sujetos al control, y son los llamados discrecionales, que son los emitidos sobre un contenido cuya conveniencia u oportunidad, se libra al criterio subjetivo de la Administración.

Aparentemente, estos actos quedan excluidos del contencioso; pero tanto en Francia como en los países iberoamericanos, se ha desenvuelto una jurisprudencia y una doctrina que justifican el control, cuando el acto no satisface los motivos o los fines del orden jurídico.

Consecuencia final: tanto los actos reglados, como los discrecionales son objeto del control realizado en el contencioso administrativo, por más que los últimos sólo lo sean cuando desvirtúan el fin legal o equivocan el motivo.

A este fenómeno se le llamó en Francia el recurso y en Iberoamérica el vicio de desviación de poder.

Desde aquí es que ahora surgen nuevas cuestiones terminológicas. En Francia el nombre más divulgado fue el de exceso de poder: discordancia entre el ideal moral, el principio y la actuación.⁷²⁶ Las causas generales del exceso de poder son para esta doctrina: la incompetencia, el desvío de poder, el vicio de forma y la violación de la ley.⁷²⁷

Entra, pues, en escena un nuevo término: *détournement de pouvoir*, que no se encontraba ni en el *Dictionnaire de l'Académie*, ni en el lenguaje jurídico con un sentido concreto sino vago y complejo. *Détournement* en lo penal significaba sustracción fraudulenta, lo cual era inaplicable a lo administrativo. Hubo necesidad de atribuirle un sentido especial: elusión del destino, tomar otra dirección en lugar de la pertinente. *Détournement de pouvoir* vino a ser la actividad de eludir un fin que debiera atender una potestad jurídica. Fin derivado de un texto preciso, del pensamiento del legislador o de la naturaleza de la institución. Al crearse una función administrativa se le determina su finalidad general, la cual debe alcanzarse a través de las múltiples ocupaciones cotidianas del órgano. Actuar contra la intención del legislador, o solamente fuera de ella es traicionar su mandato. Ahí donde una autoridad, actuando dentro de su competencia, llega a un resultado contrario al prescrito por la ley, desvía su función o su poder legal, y el acto queda viciado por nulidad del motivo, impugnándosele a través del recurso de exceso de poder ante el Consejo de Estado.

Si el prefecto de policía, pretextando un desorden hace uso de su discrecionalidad para el beneficio exclusivo y privilegiado de ciertos intereses privados, sean sociales o particulares, comete un *détournement de pouvoir*. Se puede calificar de desvío de poder la concesión exclusiva de las aguas de una fuente pública, hecha a un ciudadano para obtener un rendimiento más elevado. En resumen, el desvío de poder tiene lugar cada vez que un agente administrativo confiere un privilegio a un ciudadano o a una categoría de ciudadanos, en interés propio y no en vista del bien público.⁷²⁸

Se advierte, entonces, que en su origen, el desvío de poder fue una causa del recurso de exceso de poder que, en términos generales, significaba inadecuación entre el fin y el resultado.

Pero esta terminología ha sufrido una especie de depuración en la

⁷²³ Op. cit., p. 68.

⁷²⁴ A veces de otro ente público.

⁷²⁵ O bien de la competencia especial de un tribunal, según los sistemas.

⁷²⁶ Jules Fournier, *L'excès de pouvoir en matière administrative*, París, 1903, p. 86.

⁷²⁷ *Id.*, p. 87.

⁷²⁸ *Id.*, pp. 99-103.

doctrina italiana. Zanolini⁷²⁹ comienza por señalar que la expresión exceso de poder ha tenido históricamente varios significados. En primer lugar indica incompetencia absoluta cuando una autoridad actúa en el campo de otro órgano estatal. Durante la Revolución Francesa se prohibió al judicial interferir de cualquier manera en la actividad del gobierno, declarando todo acto contrario a este principio como una ingerencia ilegal del juez y, por ende, como una usurpación o exceso de poder. El mismo sentido se le dio en la Ley Italiana de 31 de marzo de 1877.

En el derecho francés la fórmula fue conservada aunque comprendió también los vicios del acto administrativo, ya fuera por invasión de otras funciones, como por el uso del poder propio para un fin diverso del que se le había conferido, es decir, para el desvío de poder.

Este criterio fue acogido por el Consejo de Estado italiano, pero hoy la doctrina define al exceso de poder administrativo como un vicio de la voluntad, comprensivo de la desfiguración de los hechos, el error de hecho, la manifiesta ilogicidad o injusticia.

El desvío de poder⁷³⁰ abarca todos aquellos casos en los que la autoridad usa de un poder propio para fines diversos de aquellos por los que se le ha conferido legalmente el poder. No es necesario que el fin que se propone sea diverso del interés público, por cuanto se trata de un fin diverso al que debe proveer, como el caso de la expropiación cuando la obra no responda a ninguna utilidad pública, o cuando la utilidad pública sea diversa de la que justificó la emisión del decreto.

Es en este momento doctrinario que Carnelutti⁷³¹ expone su tesis vinculando el exceso de poder con el proveimiento indirecto. Con ello, el carácter se considera a manera de vicio del acto, porque puede suceder que el proveimiento se realice para llevar a cabo un móvil al que la ley consienta realizar, pero a través de una forma distinta de la correspondiente al poder de que está investido el agente. Éste es el fenómeno del exceso de poder que ejemplifica con la ordenanza de un gobernador que consiente a dos cónyuges vivir separados. El desequilibrio entre la forma y el móvil proviene de que el efecto jurídico ligado a su forma no está predispuesto por la ley en razón de dicho móvil. Por tanto, el gobernador ha rebasado los límites de su poder, interviniendo en la tutela de un interés cuya decisión está confiada al juez.

⁷²⁹ *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, 1948, volume secondo, *La Giustizia Amministrativa*, pp. 141 y ss.

⁷³⁰ *Sviluppo di potere*.

⁷³¹ *Sistema*, op. cit., t. III, pp. 463 y ss.

La noción de exceso de poder se asienta sobre la diferencia entre el vicio formal y el vicio causal del proveimiento. Cuando el oficio no da a su proveimiento una forma que por el modo o por el contenido sea distinta de la que quiere la ley, sino que se sirve de él para realizar un móvil distinto de aquel en vista del cual la ley consiente actuar, entonces comete exceso de poder. Se trata de un vicio oculto que por lo general debe ser diagnosticado por inducción. Existe exceso de poder cuando el análisis de la forma del proveimiento revele que el oficio ha realizado un móvil típico de otro órgano. Si la ley no consiente que un acto dirigido a satisfacer determinado interés se forme sino por un agente distinto de aquel que lo ha realizado, el exceso de poder se traduce en defecto de competencia: exceso de poder e incompetencia son el anverso y el reverso de la medalla.

El exceso de poder no es la carencia absoluta de potestad. Para que el primero exista es menester la pertenencia del poder y su empleo más allá de los límites consentidos: el contraste entre la posición del agente y la causa, no entre su posición y la forma. Pero si se trata de la realización de un móvil que, más que típico de otra potestad, es inadmisiblemente para ninguna, se estará frente al abuso, que se presenta cuando el proveimiento se realiza para la actuación de un interés propio del agente.

Con estas explicaciones se puede ya alcanzar una cuantificación más precisa de los conceptos y más llana. El exceso de poder debe emplearse para aludir a la incompetencia. El abuso para el aprovechamiento impropio de la potestad. Y el desvío para la inadecuación entre los motivos o los fines y el resultado del acto.

Los casos son distintos y pueden dar lugar a vías diferentes de control. Mientras el abuso del poder es una infracción al deber funcional que conduce a la sanción disciplinaria o penal, el exceso es una extralimitación que puede llevar a la nulidad absoluta.⁷³² Por su parte, el desvío es objeto típico del control del contencioso administrativo por inmoralidad en el actuar del funcionario, sea que los motivos no correspondan a los estipulados por la ley, o bien que los fines legales no se cumplan aunque se satisfagan otros fines de interés público.

Hay desvío, no exceso ni abuso, cuando la autoridad ordena la inspección de la contabilidad del comerciante para fines fiscales, pero con el propósito de inferirle molestias innecesarias.⁷³³ Es este desvío el

⁷³² El juez que expide una licencia en lugar de ordenar a la Administración que lo haga.

⁷³³ Reiteración de la orden de efectuar la inspección cada tres o seis meses, sin importar el resultado de la primera visita que debió exhibir los posibles errores o trasgresiones.

que mejor controla el contencioso y que difícilmente se alcanza por otras vías, como la del amparo mexicano, más adecuado al exceso de poder.

b) Un sexto límite al contencioso administrativo lo constituyen las llamadas vías de hecho. Inicialmente se tendería a ver en ellas las realizaciones materiales, como la construcción de obras, la prestación directa de servicios, los estudios de proyectos o actividades similares.

Pero en la jurisprudencia y en la doctrina iberoamericanas se entienden fenómenos diversos. Gielst⁷³⁴ explica que hay actos cuyo juzgamiento es siempre competencia judicial, aunque los autores sean agentes administrativos y los hayan realizado en calidad de tales, pues no son ni actos ni hechos administrativos en el sentido de que puedan ser reclamables ante la Administración, sino que están fuera de su órbita y sólo son imputables a las personas que los realizan, porque éstas se colocan fuera de su función. Tales actos se denominan vías de hecho, en cuanto no hay relación de causalidad entre el acto y la actividad administrativa.

Así pues, no se trata de que la extralimitación carezca de sanción, sino de que es aplicable la vía judicial común como el interdicto posesorio, o la instancia especial de protección de la libertad como el *habeas corpus*. El fondo del problema es que no se trata de una responsabilidad de la Administración sino del agente, la cual puede ser demandada civil o penalmente según los casos.

El tema se ha llevado hasta el concepto de inexistencia que, originalmente se estima inaceptable en el ámbito administrativo. No hay inexistencia sino vía de hecho o grosera, manifiesta, flagrante y grave violación de la legalidad, dice Marienhoff.⁷³⁵ La explicación se encuentra en la circunstancia de que es imposible conectar o vincular el acto con el texto vigente.

De otra parte dice al autor,⁷³⁶ debe distinguirse entre hecho jurídico y vía de hecho, el primero es lícito en principio, las vías de hecho son ilícitas y forman el capítulo anormal dentro de la teoría de los hechos jurídicos.

La vía de hecho requiere —agrega—,⁷³⁷ la intervención *sine qua non* de un funcionario o de un empleado público y no de un mero particular; una actividad material que se opone a la vía de derecho; una violación de la legalidad apreciable y por ello se habla de flagrancia, manifiesta o grosera violación.

Es por ello que Marienhoff define la vía de hecho administrativa como la violación del principio de legalidad, por el acto material de un funcionario o empleado de la Administración Pública.⁷³⁸

Como actividades carentes de naturaleza administrativa, escapan a los principios reguladores de estos actos y al control jurisdiccional respectivo. Se distinguen del exceso de poder en cuanto éste significa violación a la legalidad por acto concreto de índole administrativa. Y se distinguen del abuso de poder que representa la violación del principio de legalidad en cuanto revela una actividad antifuncional.

Como ejemplos cita los siguientes: una actuación basada en una grosera incompetencia; los atentados graves a la libertad de prensa, como la suspensión arbitraria de un periódico; una *injunction*⁷³⁹ manifiestamente ilegal y contrario a la libertad de comercio; la demolición de inmuebles realizada arbitrariamente y sin derecho, sin haber observado las reglas del debido proceso; y la privación de libertad de una persona, realizada sin juicio y por autoridad incompetente para efectuarla.

Se comprenden así, las razones por las que se sostiene que el órgano competente para determinar: si se trata de una vía de hecho, para resolver sobre la cuestión, y hasta para pronunciarse acerca de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la vía de hecho, corresponda al juez o tribunal comunes.⁷⁴⁰

Es interesante observar que en el criterio de Marienhoff, el Estado sí es responsable por las consecuencias de las vías de hecho, en cuanto le proporciona a la autoridad los medios para cometerlas, que consisten en una presunción de competencia, una apariencia de potestad.⁷⁴¹ De ahí que se oponga a la teoría de la inexistencia del acto administrativo, de origen francés,⁷⁴² y si no cabe hablar de acto nulo, basta referirse a la vía de hecho.⁷⁴³⁻⁷⁴⁵

Esta posición de Marienhoff no es seguida por todos los autores ni está de acuerdo con las jurisprudencias de países como Colombia y Panamá. El Consejo de Estado colombiano se ha referido a las vías de hecho denominándolas actos inexistentes e irrecurribles ante él.

El caso se produjo por un acto de un Consejo Departamental o Consejo de Gobierno Departamental que no era por sí una entidad o un organismo administrativo del Departamento de Antioquia y que estaba

⁷³⁴ Sobre lo contencioso administrativo, Bs. As. 1934, pp. 61 y ss.

⁷³⁵ Op. cit., t. II, p. 494.

⁷³⁶ T. II, p. 212.

⁷³⁷ Op. cit., t. II, p. 213.

⁷³⁸ Op. cit., t. II, p. 213.

⁷³⁹ Mandato prohibitivo.

⁷⁴⁰ Op. cit., t. II, p. 213.

⁷⁴¹ Op. cit., t. II, p. 216.

⁷⁴² Op. cit., t. II, p. 494.

⁷⁴³⁻⁷⁴⁵ Op. cit., p. 495.

en la imposibilidad legal de producir verdaderos actos administrativos y, sin embargo, privó del *status* de agente inválido del cuerpo de inválidos en el grupo de Policía de Plaza al recurrente.

El Consejo invocó la doctrina de Eustorgio Sarria,¹⁴³ quien siguiendo la doctrina francesa, comienza por establecer que la vía de hecho se configura por la usurpación, exceso o desviación de poder. Existe vía de hecho, sintetiza,¹⁴⁴ cuando un agente público, sin competencia para ello, actúa, toma una medida, o cuando teniendo competencia, obra irregularmente o se aparte del motivo o fin previsto. La falta de competencia o de manifestación de voluntad en el agente público, causa la inexistencia del acto: se tendrá por no sucedido e ineficaz para producir cierto efecto jurídico. Esta inexistencia puede alegarse por vía de acción o de excepción en cualquier tiempo, porque la falta no podrá ser convalidada ni desaparecerá por ratificación o prescripción. Si concurren los elementos esenciales de manifestación de voluntad y potestad legal, pero aquella ha sido mal expresada o ésta mal ejercida, el acto jurídico es irregular y la nulidad puede alegarse por vía de acción o de excepción en cualquier tiempo; la falta no podrá ser convalidada, ni desaparecerá con la ratificación o la prescripción.

En el mismo fallo se cita el criterio de Gabino Fraga,¹⁴⁵ para quien la inexistencia constituye una sanción especial que no requiere estar consagrada en la ley, sino tiene que operar como una necesidad lógica en aquellos casos en que faltan al acto sus elementos esenciales. Al efecto, cita los supuestos del gobierno usurpador para afirmar que en el derecho público mexicano, la invalidez de los actos no necesita de texto expreso de la ley, y que la teoría de los efectos del amparo está fundada sobre esta base.¹⁴⁶

En apoyo de su tesis, invoca el considerando cuarto del Decreto sobre Revalidación de Actuaciones Judiciales y Notariales, de 11 de julio de 1916, donde se expresó que si la investidura de un funcionario arranca de una usurpación, es claro que no debe tomarse como tal y que sus actos carecen de legalidad.

Bien se aprecia que entre la idea de Fraga y la de Sarria, aun cuando ambos se apoyan en la doctrina francesa, se levantan divergencias inanzables. Para el primero la inexistencia opera de pleno derecho, para el segundo debe aunarse a la declaración judicial. Pero no obstante

ello, el Consejo Colombiano les invocó por igual, así como a diversos autores franceses, para concluir que las opiniones de los tratadistas coincidían con la materialidad y el espíritu del caso examinado en su fallo, para sostener que el recurrente no había perdido su *status*, y como la jurisdicción contencioso administrativa atañe a los actos administrativos, como para la época en que se dictó el acto reclamado el Consejo Departamental de Antioquia no era autoridad sus determinaciones no alcanzaron la categoría de actos administrativos sino de actos inexistentes, y no pudieron producir efectos jurídicos ni ser acusados ante esa jurisdicción.¹⁴⁷

Desde la tesis de Marienhoff, pasando por la más reciente legislación del contencioso administrativo, o sea la de Costa Rica, hasta llegar a la doctrina chilena, se advierte un movimiento de expulsión que comienza por la falsa analogía entre actos inexistentes y vías de hecho, para llegar al punto de sostener que también éstas son susceptibles de control jurisdiccional.

En efecto, aunque la ley costarricense no alude específicamente a las vías de hecho, en el dictamen 671 de la Asamblea Legislativa,¹⁴⁸ se establece que del análisis detallado del proyecto, se inferían las siguientes particularidades.

La unificación de las vías civil, de Hacienda y contencioso administrativo, atribuyéndolas a la jurisdicción especial de la última, por ser todos conflictos en que figura como parte el Estado, sin que interese si ha actuado como poder o en uso de su habilidad de derecho privado.

Se excluyen de la jurisdicción contencioso administrativa únicamente los actos de relación entre los Poderes del Estado, porque revisten el carácter de actos constitucionales, y también los actos originados en las relaciones internacionales de la República, en virtud de que no derivan propiamente de la administración.

Por su parte, los autores chilenos, Enrique Jirón Vargas, Sergio Mery Bravo y Alejandro Saric Paredes,¹⁴⁹ al señalar las medidas teóricas sobre las cuales debe establecerse en Chile un sistema de justicia administrativa, recomiendan que la materia contencioso administrativa comprenda todas las manifestaciones de la función, es decir, los actos y hechos administrativos como las simples operaciones materiales, siempre que se lesionen derechos o intereses legítimos de los particulares, eliminando con ello todas las disquisiciones de antaño sobre si sólo deben tutelarse los dere-

¹⁴³ *Derecho administrativo*, Bogotá, 1917, pp. 39 y ss.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁵ *Derecho administrativo*, México 1944, pp. 277 y ss.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, p. 281.

¹⁴⁷ Morgaz, *op. cit.*, pp. 99 a 104.

¹⁴⁸ *Revista del Colegio de Abogados*, *op. cit.*, p. 318.

¹⁴⁹ *La contencioso administrativo*, Santiago de Chile, 1919, pp. 210 y ss.

chos de los particulares, si los actos impugnables deben ser los que resultan de la actividad en la Administración en su carácter público, o actos de autoridad enfrentados a los actos de gestión; de si los actos administrativos deben derivar de las facultades regladas para ser revisables y no así los discrecionales.

La ampliación, por ende, va más lejos, hasta comprender otras materias, como las cuestiones de carácter patrimonial que se deriven de la comisión de delitos perpetrados por funcionarios públicos en su carácter de tales;⁷⁵⁰ los actos de gobierno que en la actualidad tienden a desaparecer en los Estados modernos;⁷⁵¹ en resumen, todos los conflictos en que la Administración sea parte, sin distinguir el contenido de su actividad o la forma de su actuar.⁷⁵²

Queda observado que así como en la legislación panameña no se menciona el tema,⁷⁵³ y otro tanto sucede con la costarricense, en la doctrina chilena ya queda inmerso en las ideas de reforma. No es que se precise literalmente el problema de la usurpación o vías de hecho, pero ya se indica la responsabilidad por el actuar anormal, incluida la penal que tradicionalmente ha sido remitida al conocimiento y decisión de los tribunales comunes; y se establece que el actuar de los funcionarios o empleados debe ser de la responsabilidad del Estado. Por último, se hace la específica determinación de la Administración Pública, para significar que no se tiene en mente un problema de personalidad, ni es trascendental hablar de las situaciones en que el Estado es parte, distintas a aquellas en que lo es la dicha Administración.

Con esto, el camino para el análisis más a fondo se ha despejado, y puede averiguarse si las vías de hecho son lo mismo que el acto inexistente, y si son actos controlables en la competencia del contencioso administrativo.

La teoría de la inexistencia ha caído en descrédito en la misma Francia;⁷⁵⁴ de modo que bien puede decirse que ni en el campo civil se puede sostener que vía de hecho y acto inexistente sean lo mismo. Pero a ello debe añadirse que las vías de hecho son demandables ante alguna autoridad, sea judicial o administrativa. Por ende, lo que falta es determinar si son materia del contencioso administrativo.

⁷⁵⁰ Responsabilidad penal.

⁷⁵¹ Los constituyentes chilenos de 1925 tuvieron en mente la cuestión, al señalar en el artículo 87, que se podía reclamar de los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas y administrativas.

⁷⁵² *Op. cit.*, p. 233.

⁷⁵³ A pesar de su manifiesta derivación de la colombiana, *cfr.* Morgan p. 97.

⁷⁵⁴ *Cfr.* Georges Luzzatto, *Teoría y práctica de las nulidades*. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, México 1945.

El problema no tendría sentido si no aconteciera que la vía de hecho produce resultados jurídicos. Ninguna importancia puede darse a una orden manifestamente incompetente, como sería la modificación del *status* por un agente policiaco que decretara un divorcio; la grosera violación no llegaría a eso, pues para que haya violación deben presentarse efectos visibles.

El caso, entonces, consiste en que un sujeto que no es autoridad o una autoridad claramente incompetente, realizan sin embargo actos que trascienden, porque tienen inmediata ejecutoriedad o una presunción de legalidad, al menos para ciertas personas y en ciertos casos.

Es entonces cuando se entra en las hipótesis de las autoridades de hecho. Pese a lo aseverado por Gabino Fraga, la jurisprudencia mexicana ha tenido frente a este problema diversas actitudes que Ignacio Burgoa resume.⁷⁵⁵

Alrededor de 1874, expone, se conoció por la Suprema Corte un amparo promovido por hacendados de Morelos, contra una ley fiscal expedida por la Legislatura sin haber estado legítimamente integrada, y promulgada por un gobernador reelegido a pesar de la prohibición constitucional. Las consideraciones del jurisconsulto patrocinador, Isidro Montiel y Duarte, fueron acogidas por el presidente de la Corte José María Iglesias, estudiando el concepto de autoridad competente que empleaba el artículo 16 de la Constitución de 1857, señalando que la legitimidad de la elección de una autoridad o funcionario envuelve forzadamente su competencia o incompetencia para el conocimiento de un negocio y para su decisión, porque nunca pueden ser competentes si les falta la legitimidad.

Esta tesis, continúa diciendo Burgoa, prevaleció hasta que fue rebatida por Ignacio L. Vallarta, quien distinguió entre la legitimidad llamada competencia de origen y la competencia propiamente dicha. Aseguró Vallarta que para entender el artículo 16 constitucional en el sentido de que comprendía la competencia y la legitimidad, fue preciso inventar una frase que no tiene sentido jurídico y que no era conocida por el foro, sino hasta que se trataron los amparos como el de Morelos.

La idea de Vallarta de que el artículo 16 habla de autoridad competente y no de autoridad legítima, ha sido continuada por la Corte, quien ha establecido que la competencia constitucional es la que se refiere a la órbita de las atribuciones de los diversos poderes y la que está protegida por medio de las garantías individuales. En cuanto a la

⁷⁵⁵ *El inicio de amparo*, México 1950, pp. 912 y ss.

incompetencia de origen, ha expresado que la Corte no debe intervenir para resolver cuestiones políticas que incumben a otros poderes.

Si ahora se retoman los conceptos ya analizados de desvío, exceso y abuso de poder, se advertirá que para la jurisprudencia mexicana ha lugar al amparo por ilegalidad del acto en el primer caso (desvío), por incompetencia constitucional en el segundo (exceso de poder), y nuevamente por ilegalidad en el tercero (abuso de poder).

No es admisible la demanda contra las vías de hecho, porque o no se trata de autoridad (autoridad de hecho) o se discute su legitimidad que es tema político, según la Corte.

En este problema se confirma lo acertado de la crítica de la doctrina chilena representada por Jirón Vargas, Mery Bravo y Saric Paredes,⁷²⁶ al sostener que el Poder Judicial carece de la idoneidad necesaria para conocer de las causas administrativas, y además, que su mecanismo tradicional resulta anticuado para satisfacer las necesidades de lo contencioso administrativo.

De llegarse al plano que buscan estos autores, en el que la responsabilidad penal es igualmente materia del Tribunal Administrativo, se podría precisar sin dificultades la competencia del mismo para conocer de las mal llamadas vías de hecho.

En efecto, si el desvío de poder es un freno a la discrecionalidad en aplicación del control a los motivos y fines del acto, el exceso de poder otro control a la incompetencia,⁷²⁷ y el abuso un control más para las exageraciones producidas cuando el poder se utiliza para fines personales; entonces queda sólo la usurpación de funciones que lleva a una infracción penal, también susceptible de ser conocida por el Tribunal Administrativo, por su íntima conexión con el contencioso de su atribución.

Parecería que lo que por una parte se intenta desglosar de la competencia judicial común, por otra se lleva a la unificación indebida; pero si lo penal administrativo no se asimila con el contencioso administrativo, entonces se producen esas divisiones de la causa que originan conflictos interjurisdiccionales.

La sociedad requiere, tanto de una defensa contra el desvío, como contra el exceso, el abuso y la usurpación. En ciertos momentos es casi imposible separar las cuestiones, pero siempre es necesario destruir los

efectos perjudiciales. El gobernado puede verse desamparado, ser colocado en la franca denegación de justicia, por el retardo, tanto como por la complicación de los trámites; y ello sin contar con que atacando un abuso de poder o una usurpación de funciones, lo más seguro es que caerá en la esfera de potestad de la autoridad acusada o demandada.

Las vías de hecho son una manifestación indeterminable de actos indebidos. Así como la jurisprudencia y la doctrina de los países iberoamericanos, ha ido caminando evolutivamente, de manera que ya se puede decir que varias legislaciones, como la panameña, la chilena⁷²⁸ y la costarricense, han superado la dificultad de las anacrónicas concepciones de los actos políticos y de gobierno, de la misma manera cabe señalar que resulta factible que en lo futuro se sometan al mismo contencioso los abusos de poder y las usurpaciones de función que reciben el nombre de vías de hecho. Definitivamente, no se trata de actos inexistentes en ningún sentido; y su control es indispensable porque, ahora sí, de hecho están produciendo perjuicios actuales del tipo que tomaban en cuenta los viejos interdictos; no en balde se habla de ellos para la posesión y el *habeas corpus*, medidas que deben implantarse en lo administrativo.

⁷²⁶ *Op. cit.*, p. 236.

⁷²⁷ Sin necesidad de efectuar esa forzosa división de incompetencia constitucional, de origen y jurisdiccional, tomando esta última palabra con el significado equivoco e inadecuado de competencia concreta.

⁷²⁸ En su Constitución.

18. El control jurisdiccional administrativo de la legalidad y de la facultad discrecional

Alfonso Cortina Gutiérrez

En su disertación inaugural de este ciclo de conferencias, el Dr. Serra Rojas me ha invitado para que exponga mi criterio respecto a si el juicio ante el Tribunal Fiscal corresponde al contencioso administrativo de anulación o al de plena jurisdicción.

Su requerimiento no podría ser más oportuno ni estar mejor motivado, porque difícilmente es concebible el desarrollo del tema de esta conferencia, sin clasificar dentro de una u otra de esas formas procesales francesas, la fase contenciosa del procedimiento mexicano formativo de la obligación tributaria y porque el Dr. Serra Rojas, de tiempo atrás, ya se ha referido a mi, precisamente en relación con este punto.¹

No puede pretenderse una explicación del contencioso fiscal mexicano, sin el previo estudio de las líneas estructurales que para el juicio administrativo han definido en Francia la ley, la jurisprudencia y la doctrina, durante un período que ya se acerca a dos siglos.

El Código Fiscal de la Federación se inspira, es verdad, en la doctrina italiana; no es una coincidencia la similitud que existe entre el plan general de ese ordenamiento legislativo, que en el año de 1938 cristalizó en normas de derecho positivo las reglas teóricas del proceso de formación del crédito fiscal, y las *Instituciones de Derecho Financiero* de Mario Pugliese, a cuya memoria rindo tributo, una vez más, a una distancia de 20 años de su muerte.²

Pero es también cierto que el Código Fiscal de la Federación en su Título Cuarto incorporó íntegra la Ley de Justicia Fiscal de 26 de agosto de 1936, porque cuando ésta se redactó ya existía en la Secretaría de Hacienda un bosquejo de lo que dos años después habría de ser el Código Fiscal; dentro de los lineamientos generales ya pensados de este Código, se encontraba el procedimiento ante la jurisdicción financiera. Es asimismo exacto que la Ley de Justicia Fiscal desciende en línea recta del sistema francés de lo contencioso administrativo.

Es precisamente por eso que en cualquier investigación sobre el contencioso fiscal mexicano, no está fuera de sitio el empeño de colocarlo dentro de alguno de los departamentos creados por el majestuoso, por el venerable derecho de desarrollo pretoriano, que con la forma con que se construye lo que ha de ser permanente, se ha estado en Francia para establecer las formas procesales del derecho administrativo.³

Nuestro juicio tributario es muy francés. No es italiano, ni menos anglosajón. En el prefacio de su importante *Tratado de Derecho Administrativo* que se publicó en 1958, y en el que probablemente se encuentran las piedras esenciales para cimentar en Estados Unidos la expansión futura de esa disciplina jurídica, Kenneth Culp Davis ha escrito: "La enorme masa de derecho administrativo que ha surgido en decenios recientes, necesita seriamente una exposición sistemática. Este Tratado puede parcialmente satisfacer esa necesidad, pero no más que parcialmente... Aunque hemos tenido un proceso federal administrativo desde 1789, los problemas actuales que plantean los textos modernos son, en general, característicamente nuevos y fluidos... Una sistemática exposición de principios con frecuencia debe esperar una interacción mucho mayor de la imaginación y de la experiencia, un mayor período de desarrollo de un caso a otro, una mayor evolución a través del método de ensayar y errar. Los principios satisfactorios que gobiernan esos intrincados problemas, rara vez pueden surgir ya cuajados, tienen que crecer durante un período de tiempo..."

Los mexicanos no podemos esperar por varios siglos el lento desarrollo de la jurisprudencia que de un caso a otro vaya perfilando los lineamientos básicos del derecho administrativo. Somos un pueblo impaciente, y a pesar de lo que se afirma en contrario, no somos enteramente xenóforos. Importamos del extranjero lo que suponemos que el país necesita. Maquinaria que aún no producimos. Capital que aún no genera suficientemente nuestra propia economía. Técnica ajena cuando la podemos emplear en cualquier dirección, y conceptos jurídicos que creemos que pueden venturosamente trasplantarse a esta tierra, en este clima. No nos avergüenza el hecho de que el Código de Napoleón haya influenciado tan intensamente la legislación civil mexicana, ni que la fuente mayor de nuestro derecho mercantil sea ita-

liana, ni que nuestra Constitución misma, tan errónea como inevitablemente, se haya copiado del modelo norteamericano.

Pero es también correcto afirmar que nuestras importaciones se hacen pronto mezclas. Del sistema de los "writts" surgió la mexicanísima institución del juicio de amparo, no identificable a "writ" alguno norteamericano, que con todo y sus imperfecciones y deficiencias, ha proporcionado un camino hacia la legalidad. Y esto sin olvidar que un "estado de derecho" depende mucho más de las costumbres, del nivel económico y cultural, del índice social imperante, que de las formas jurídicas del derecho público y privado.

Así pues, permitidme volver los ojos a Francia al hacer el cotejo del juicio fiscal mexicano con el contencioso administrativo francés.

Desde luego *excluire* de mi exposición el contencioso de interpretación y de apreciación de validez, porque no es aplicable al campo del derecho tributario mexicano, al menos en el estado actual de las normas procesales de la jurisdicción financiera mexicana. Ese contencioso se abre cuando, según explica Hauriou en su *Précis Élémentaire*, al aplicarse un acto de administración, su sentido es oscuro y su validez *está* controvertida; esta oscuridad y duda legal constituyen una cuestión pre-judicial, que es justamente el contencioso de interpretación.⁴ También *excluire* de mi campo de análisis el contencioso de represión, de simple policía o correccional, en el que se examina la legalidad de una sanción administrativa, que en Francia como en México corresponde en principio a los tribunales judiciales; con excepción entre nosotros del importante sector de infracciones a leyes fiscales.⁵

El meollo del contencioso administrativo está en el de anulación y en el de plena jurisdicción.

El recurso de anulación está dirigido siempre en contra de una "decisión ejecutoria", es decir, de un acto administrativo que *emana* unilateralmente de un órgano del Estado, dentro de su actuación soberana, de su poder de imperio; acto que por el interés general que corresponde al campo de derecho público en el que se desarrollan las funciones estatales, es ejecutable "per se", sin previas formalidades de orden judicial.⁶

En el de plena jurisdicción se pretende que un juez conozca en su conjunto de una situación creada al ejecutarse una operación adminis-

trativa; para usar las palabras de Hauriou, "en principio, la jurisdicción administrativa debe serlo en sede de contencioso de plena jurisdicción, para conocer de las operaciones administrativas que constituyen la ejecución de servicios públicos. Este principio ha sido discutido, pero, si no se admite, se condena a muerte el contencioso de plena jurisdicción, porque nada queda si éste no es el contencioso surgido del desarrollo de operaciones administrativas".⁷

Cuando se trata de conflictos derivados de operaciones privadas de la administración pública, los tribunales judiciales son competentes para conocer de ellos en plena jurisdicción, a menos que exista una excepción consignada en un texto. "Esta regla se aplica a conflictos derivados de donaciones y legados; a cuestiones de propiedad relativas al dominio, a los arrendamientos ordinarios de bienes de dominio privado; a las ventas de bienes departamentales o comunales, a las acciones de responsabilidad por daños causados por operaciones privadas, a los compromisos de la administración pública que no implican ni organización de servicio público, ni delegación de poder público, etc."⁸ También tienen competencia los tribunales judiciales para conocer de disposiciones definitivas o totales de propiedad privada, imputables a la administración, o de acciones contra funcionarios por hechos personales de éstos.

El contencioso de anulación se lleva ante los tribunales administrativos por medio del recurso —que correctamente Alcalá Zamora y Castillo quiere llamar juicio— por exceso de poder.

Al explicar este recurso seguiré en términos generales las enseñanzas de la reciente obra sobre derecho administrativo de Georges Vedel.

"El recurso por exceso de poder es la acción por la que una persona que tenga un interés, puede provocar la anulación de una decisión ejecutoria por un juez administrativo, por razón de la ilegalidad de esta decisión."⁹

La historia de este recurso puede dividirse en cuatro periodos, a saber, de 1790 a 1864; de este año a 1906; de 1906 a 1953, y después de 1953.

"La idea según la cual toda decisión ejecutoria ilegal puede ser anulada por un juez se ha formado progresivamente."¹⁰ La semilla de esta tesis jurisprudencial se encuentra en la Ley de 7-14 de octubre de 1790, según la cual "las reclamaciones de incompetencia respecto de

los cuerpos administrativos, en ningún caso son del resorte de los tribunales y deben ser llevados ante el Rey, jefe de la administración general".¹¹ Después del año VIII, las decisiones del Jefe del Estado se preparaban en el Consejo de Estado y se fundaban en la incompetencia del autor del acto impugnado. Después, a la incompetencia se agregó el vicio de forma, como causa de impugnación, y hacia el año de 1840 se incluye como causa de nulidad el desvío de poder, que consiste en el uso de una facultad para fines distintos de aquellos por los que la Ley la ha conferido.

El 2 de noviembre de 1864 se expidió un decreto sin trascendencia aparente. Se autorizó la promoción del recurso por exceso de poder sin necesidad de acudir al ministerio de un abogado oficial y se permitió que se registrara el recurso "en débet", es decir, que el impuesto sobre inscripción del recurso sólo se pagara en el caso de que el promovente perdiera el juicio. En esta forma, con la inevitable consecuencia de agobiar al Consejo de Estado, se popularizó el recurso por exceso de poder y se hizo pasar por la pantalla analítica del órgano supremo de la jurisdicción administrativa en Francia, todo un caleidoscopio de actos, del que fueron surgiendo con lentitud las diversas instituciones del derecho administrativo, perfiladas gradualmente con mayor finura y precisión.

Entre la fecha del decreto de tan engañoso aspecto anodino y el año de 1906, se distingue claramente una cuarta causa de nulidad de la resolución ejecutoria; la violación de la ley y de los derechos adquiridos.

El 1º de junio de 1906 la sentencia "Alcindor" del Consejo de Estado, suprimió la violación de un derecho adquirido como condición para modificar el acto impugnado y sustituyó ese estricto requerimiento legal por el de un simple "interés" en el negocio que, como en seguida se verá, se ha interpretado en la forma más amplia.¹²

A partir de esa fecha se removió, por consiguiente, el último obstáculo para la profunda vitalización del derecho administrativo. Así fue como primero se borró la noción de la falta de control de los actos discrecionales, libremente ejecutados por la administración; después se ha podido discutir si los llamados "actos de gobierno" quedan sujetos al tamiz jurisdiccional de su legalidad, y luego se extendió, como una de las formas de violación de la ley, la motivación derivada de hechos inexactos, y por la gran latitud que se dio al concepto de interés, en oposición

al más específico de violación de derechos adquiridos, se definió nítidamente en ese período el gran alcance de la nulidad de una decisión espontánea. La sentencia declaratoria de esta nulidad tiene efectos universales, "erga omnes", de modo que la objetiva revisión jurisdiccional de la legalidad del acto administrativo ha permitido que el juicio y particularmente la sentencia, trasciendan del restringido ámbito de la relación procesal entre el impugnador y el juez, para tener esa ilimitada generalidad que ha hecho posible la exacta definición y precisión del conjunto de instituciones de derecho administrativo que Francia ha entregado a la literatura jurídica internacional.

Por último, en 1953 se efectuó la importante reforma del contencioso administrativo, por la vía legislativa, para tratar de resolver el problema de la acumulación excesiva de procesos en el Consejo de Estado, aun cuando con la consecuencia adversa de traspasar a los tribunales administrativos de primera instancia esa tarea de enorme volumen que hasta 1953 correspondió en gran medida al Consejo de Estado.

Es verdad que la competencia del Consejo de Estado anterior a 1953 en un grado único de jurisdicción, dio a la jurisprudencia administrativa francesa una gran unidad, pero también lo es que, como dice Waline,¹² tal sistema era practicable sólo bajo la condición de que el conjunto de procesos juzgados fuese poco abundante. "Tal era efectivamente el caso en 1889, fecha en la que se coloca el reconocimiento del Consejo de Estado como juez de derecho común del contencioso administrativo (Sentencia Cadot del 13 de diciembre de 1889). Pero durante los dos tercios del siglo siguiente la situación ha cambiado totalmente: el derecho administrativo ha conquistado nuevas «provincias jurídicas»;... por otra parte el derecho administrativo se ha complicado multiplicando así los casos litigiosos".

Para resumir la grave situación de encumbramiento del Consejo de Estado (un verdadero "goulot d'étranglement", tan parecido al de nuestra Suprema Corte de Justicia) el citado autor indica que en un año, mientras se recibían 6 000 asuntos nuevos, llegaban a juzgarse 4 500. El resultado fue que al 1° de enero de 1954, 26 000 asuntos estaban pendientes de sentencia, lo que equivale a decir que para resolver simplemente el saldo de demandas presentadas antes del 1° de enero de 1954,

se hubieran necesitado casi seis años, sin que se iniciara un solo juicio nuevo.

En sus líneas más generales, por el decreto de 30 de septiembre de 1953 el Consejo de Estado perdió su jurisdicción de juez de derecho común, que se pasó a los antiguos Consejos de Prefectura, que desde entonces cambiaron su nombre por el de Tribunales Administrativos y sólo excepcionalmente conserva el Consejo su competencia de juez de única instancia.

Desde el 1° de enero de 1964 el Consejo de Estado, con mucha mayor amplitud que antes, conoce en apelación o en casación, de las sentencias de todas las jurisdicciones administrativas.

Es ya el momento de resumir las características del recurso por exceso de poder, para oponerlo al contencioso de jurisdicción plena.

1. Es un recurso de anulación. El acto impugnado puede nulificarse en todo o en parte. Pero no es posible al Tribunal dar instrucciones a la Administración sobre el contenido de un nuevo acto, ni menos aun dictarlo.

2. Su objeto es, como ya dije, la impugnación de una resolución ejecutoria. Por consiguiente, los asuntos de ejecución de contratos administrativos están excluidos del exceso de poder.

3. Las cuatro causas de nulidad son sólo variantes de la ilegalidad. Exceso de poder e ilegalidad son conceptos intercambiables y esos cuatro conceptos de nulidad se reducen a dos proposiciones:

- Por exceso de poder debe anularse toda decisión ejecutoria ilegal.
- Sólo a causa de su ilegalidad puede anularse una decisión ejecutoria, por exceso de poder.

No es difícil probar que la incompetencia del órgano y la omisión de formas esenciales del acto —que el tiempo no me permite analizar en detalle— son vicios legales, tanto como la violación de la ley de fondo aplicada o que debió aplicarse.¹⁴ Pero se ha controvertido, en cambio, si el desvío de poder, que es también un recurso por exceso de poder, implica un control de la legalidad o más bien de la moralidad administrativa en su más amplio sentido.

Al emplear el vocablo "moralidad", debe dársele el significado que Henri Weiler le atribuye en su monografía sobre *El Control Jurisdic-*

ción... de la Moralidad Administrativa. "La moralidad administrativa que contemplamos no se confunde con la moral común; aquella está constituida por las reglas de la buena administración, es decir, por el conjunto de normas del fin y de la disciplina determinadas no solamente por la distinción del bien y del mal sino, de una manera más especial, por la misión general de la administración y la idea de la función administrativa".¹⁵

El desvío de poder puede existir cuando el órgano emisor del acto no tiene una competencia ligada por la ley, porque ir más allá de ésta es un "exceso", y no un "desvío". En el desarrollo cronológico de la jurisprudencia del Consejo de Estado el desvío implica, primero, un uso abusivo de la facultad discrecional y después, a partir de 1905, el desconocimiento o alteración de los fines que el legislador debe tener en cuenta al crear o regular la facultad administrativa. En este segundo concepto existe un alejamiento de la política estatal, entendiendo el término política en el sentido estrictamente teleológico de señalamiento de metas de la función pública. Como lo observa Duguit, es "por la jurisprudencia tan interesante del Consejo de Estado sobre el desvío de poder" que la teoría del fin en el acto jurídico "toma un relieve, una precisión y una extensión de aplicación que está muy lejos de tener en la doctrina y la jurisprudencia del derecho privado".¹⁶

Naturalmente, porque en el derecho privado las situaciones jurídicas ex contractu se crean dentro del régimen de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar y obligarse, en tanto que en la esfera de las disciplinas del derecho público la acción del Estado se liga imperativa e indisolublemente por la ley —no hay servicio público sin el ordenamiento de un acto reglado— y aun más allá de la ley, por los fines que ésta atribuye, con un sentido político, a la acción unilateral del Estado.

Es precisamente por eso que no tiene base la analogía a veces aceptada en la doctrina del derecho administrativo, entre el "abuso del derecho" del derecho privado y el "desvío de poder" del derecho administrativo. El abuso del derecho no es concebible, porque el derecho llega precisamente hasta donde su uso es legítimo. La expresión misma —recorremos a Planiol—, "es una logomaquia. El desvío de poder, en

canbio, supone un uso incorrecto, aun cuando formalmente exacto, de las facultades que la ley atribuye a los órganos del Estado.

El desvío de poder implica la existencia de actos por los que los funcionarios "toman, bajo una falsa apariencia de legalidad, decisiones que no les corresponde tomar y que están tachadas de una especie de incompetencia".

Lamento que por la brevedad del tiempo no pueda extenderme en el tema. Me referiré sólo a los diversos ejemplos de desvío de poder que Hauriou cita en su *Précis*.¹⁷

a) *El motivo fiscal*. Es contrario al propósito de las facultades de la policía de tráfico en las calles, emplear tales facultades con un propósito fiscal.

b) *El favoritismo*. No pueden usarse las facultades de administración de los bienes del dominio público, para favorecer intereses particulares. En esta forma se ha anulado un acuerdo que rehúsa el derecho de estacionamiento en la vía pública, de cualquier automóvil que no sea propiedad de una determinada empresa.

c) *El espíritu de partido*. Por ejemplo, las decisiones de alcaldes que prohíben a una sociedad musical determinada, y sólo a ella, salir a la vía pública.

d) *La mala fe evidente*. Por ejemplo, la Administración admite los derechos de retiro de un funcionario o lo declara comisionado en otras funciones, pretendiendo que esto se hace a petición suya, cuando este último hecho es materialmente falso.

El análisis subjetivo de un acto viciado por desvío de poder —subjetividad que por otra parte debe apreciarse según el estudio de la motivación expresa del acto— conduce a la conclusión de que el control de la "moralidad" es en sentido lato, también un control de legalidad, pues como escribe Vedel, esa idea "no debe ser completamente abandonada. . . Desde el punto de vista de la ley ya hecha, el desvío de poder no es más que una variedad de la ilegalidad. Desde el punto de vista de la ley que se está haciendo, el desvío de poder incorpora a la legalidad algunos principios de moralidad cuyo respeto el juez estima necesario".

El juicio de plena jurisdicción es claramente distinto del exceso de poder, por los conceptos siguientes:

1. No es sólo de anulación. Las facultades del juez lo autorizan para declarar las consecuencias de su decisión. Desde un mínimo que consiste en la reforma de la decisión impugnada, hasta un máximo que es la condena del órgano administrativo a pagar o devolver una suma acordada, una indemnización.

2. Aun cuando en el contencioso de plena jurisdicción se pueda impugnar en algunos casos una decisión ejecutoria, el juicio va más allá del objeto limitado de una declaración de nulidad. Es toda una "operación administrativa" la que en su conjunto va a ser examinada. Por ello ha sido tradicional que una contienda sobre la aplicación de un contrato administrativo (no de derecho privado celebrado por la administración) se ventile y decida en el contencioso pleno; también los litigios sobre impuestos directos, en los que el contribuyente está personalmente afectado por una operación administrativa que culmina en la notificación de una resolución individual, que en Francia se llama "rôle nominatif"; los italianos llaman "accertamento", los anglosajones conocen como "assessment" y nuestra ley llama "calificación". Asimismo las decisiones sobre responsabilidades oficiales de funcionarios, que implican también una "operación administrativa" corresponden en Francia al campo propio de la plena jurisdicción.

Por consiguiente, en el contencioso pleno el juez decide con efectos sólo entre las partes, en tanto que en el recurso por exceso de poder, lo que ya dije, los efectos de la sentencia son "erga omnes".

3. No sólo los aspectos externos de la legalidad (en sus cuatro aspectos de causales de nulidad) son materia del contencioso pleno. También los hechos individualizados de los que pudiera derivar un juicio de ilicitud, son el objeto del estudio del caso sometido a la plena jurisdicción.¹⁹

A veces se dice que el recurso por exceso de poder es un recurso "objetivo" porque en él se examina la conformidad de un acto con las disposiciones de la ley. Al contrario, el recurso de plena jurisdicción sería un recurso "subjetivo", en el que el actor reclama una ventaja personal.

Con su claridad característica, Waline²⁰ indica que en el contencioso de plena jurisdicción, la jurisdicción administrativa tiene todas las facultades habituales de un juez y que, por consiguiente, puede "o bien

pronunciar la anulación de una decisión administrativa, o en ciertos casos reformarla (por ejemplo en materia de autorización de establecimientos peligrosos) o dictar una condenación pecuniaria contra la administración; y encuentra los elementos de su decisión no sólo en la ley que es examinada al compararla con el acto o con la situación que le han sido referidos para ver si existe violación de la ley, sino también en el texto, por ejemplo, de un contrato cuando se trata de saber si una obligación contractual ha sido desconocida o ejecutada. Investigará igualmente si hay culpa quasi-delictiva o si está en el caso de responsabilidad sin culpa; en una palabra, tiene todas las facultades habituales de un juez".

En cambio en el contencioso de anulación, que es antitético al de plena jurisdicción, "el tribunal no tiene todas las facultades habituales de un juez; no puede más que pronunciar la anulación del acto que se le ha sometido, pero sin poder reformarlo, es decir, modificarlo; no puede más que mantener el acto, si desecha el recurso, o anularlo... y sobre todo no puede pronunciar una condenación pecuniaria... En cuanto a sus facultades de investigación el juez de la anulación tampoco tiene todos los poderes habituales de un juez y se limita a investigar si el acto que se le ha sometido está de acuerdo o es contrario a la ley o tal vez, excepcionalmente en ciertos casos, a lo que se ha propuesto llamar la moralidad administrativa. Pero el juez de anulación no puede investigar si el acto que se le ha sometido fue tomado en violación a una obligación contractual; tal investigación sólo puede hacerse en el contencioso de plena jurisdicción. Este contencioso de anulación es en suma aquel en el que se atacan los actos del poder público. No puede compararse a ninguna acción de derecho privado..."

Va puedo ahora afirmar, una vez más, que el juicio ante el Tribunal Fiscal es un juicio de anulación en algunos casos, pero también de plena jurisdicción en otros casos. Que el Código Fiscal de la Federación haya previsto originalmente un recurso por exceso de poder en el sentido francés, es evidente, pues basta leer su artículo 202 para darse cuenta no sólo de que expresamente la ley habla de causas de anulación, sino también de que las cuatro causas que ese precepto señala son idénticas a las "ouvertures" del exceso de poder en Francia. Además, la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal confirma esta afirmación.

Pero también el juicio fiscal pudo ser desde su origen, y ha sido con frecuencia, un contencioso pleno. No lo es cuando en algunas fracciones del artículo 160 del Código la competencia de las Salas del Tribunal Fiscal « vincula con resoluciones ejecutorias, como cuando la Secretaría de Hacienda determina la existencia de un crédito fiscal, o cuando en impuestos indirectos lo fija en cantidad líquida, pero cuando se trata de resoluciones personalizadas, por tratarse de impuestos directos en los que la presión fiscal se relaciona con la capacidad de pago, es preciso, dentro de la fase oficiosa del procedimiento tributario, el desarrollo de una operación administrativa. Por lo demás, al afirmar esto, simplemente reflejo lo que el modelo inspirador francés señala.

Por otra parte, en diversas fracciones del artículo 160 vemos que están claramente concebidas resoluciones que, además de su ejecutoriedad, implican todo un procedimiento previo de actuación administrativa.

Y además, cómo compaginar el artículo 204 del Código con el recurso por exceso de poder, cuando la sentencia, salvo que "se limite a mandar reponer el procedimiento a reconocer la eficacia del acto en los casos de la fracción VII del artículo 160, indicará las bases conforme a las cuales debe dictar su nueva resolución la autoridad fiscal"; esto último es propio del contencioso pleno de la jurisdicción administrativa en Francia.

En repetidas ocasiones el comentarista de cuestiones fiscales, León Méndez Berman, ha criticado lo que él considera "ideas muy confusas acerca del problema doctrinal" relacionado con la determinación de la naturaleza de nuestro contencioso administrativo. Él afirma, en mi opinión sin fundamento, que nuestro juicio fiscal nunca es de anulación y siempre de jurisdicción plena. Por ejemplo, al aludir a su propio libro²¹ se refiere a los Plenos del Tribunal Fiscal efectuados los días 28 de junio y 5 de julio de 1937 en los que se desechó mi opinión por la mínima diferencia de un voto y considera que "ni Antonio Carrillo Flores, ni Mariano Azuela, ni Alfonso Cortina Gutiérrez entendieron la índole del organismo jurisdiccional de que hablo, aunque debo aclarar que el tercero de los nombrados estuvo más cerca de lograrlo... En dicho histórico debate, además, observó don Antonio Carrillo Flores que jamás habíase planteado al Pleno del Tribunal Fiscal una cuestión

más importante que la de precisar doctrinalmente la naturaleza jurídica del contencioso tributario en México..."²²

Las reformas legislativas introducidas con posterioridad al año de 1939 al artículo 160 del Código Fiscal de la Federación, que define la competencia de las Salas, han indicado con claridad el énfasis mayor que se ha venido dando a la competencia de plena jurisdicción del Tribunal, sin que, sin embargo, deba decirse que al hacerlo se restringieron sus facultades de juez administrativo de exceso de poder.

En efecto, puede citarse la "Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal" en la que se abrió una instancia para que el Ejecutivo Federal, por conducto del Tribunal Fiscal de la Federación, "depure o reconozca las obligaciones no prescritas a cargo del Gobierno Federal, nacidas o derivadas de hechos jurídicos acontecidos durante el período que comenzó el 1° de enero de 1929, inclusive, al 31 de diciembre de 1941, inclusive, y que se hallen pendientes de pago" y dicha Ley también abrió una acción de particulares en contra del Gobierno Federal, ante el Tribunal Fiscal, para pensionistas inconformes con la cuota que se les haya fijado, así como para reclamar el pago de cualquier crédito a cargo del Estado si no existiere asignación presupuestal en el año de su constitución, o aun créditos que se reclamen con motivo de actos u emisiones que den origen a la responsabilidad civil del Estado.²³

Por último, en pocas palabras quiero repetir lo que tantas veces se ha dicho sobre el "desvío de poder". La causa de anulación por desvío de poder se limita expresamente a sanciones impuestas por infracciones a las leyes fiscales. Esto porque en 1936, si bien no se ignoraba en México que desde 1905 en Francia se había introducido la posibilidad jurisdiccional de analizar los fines del acto, traspasándose el límite cerrado de la facultad discrecional en el desvío de poder, se quiso sin embargo recoger en nuestro texto legislativo la forma que históricamente apareció primero, y por consiguiente la más tímida, en la que el desvío de poder está conectado sólo con la facultad discrecional, claramente establecida en el campo de sanciones a infracciones fiscales, y no se quiso colocar de lleno al primer tribunal administrativo creado en México en el peligroso camino del control jurisdiccional de la moralidad administrativa en el sentido político que mencioné.

Por el nuestro Tribunal Fiscal tenía y tiene abierta una ruta muy amplia para desenvolver importantes principios jurídicos en el campo de las finanzas públicas de México. Con una base mucho más restringida, y la que entre nosotros ofreció la Ley de Justicia Fiscal, el Consejo del Estado francés logró crear los más finos conceptos del Derecho Administrativo. El Tribunal Fiscal puede encauzar a la Administración Financiera por rumbos nuevos, lo que sin duda vería con agrado la Secretaría de Hacienda, la que jamás se ha recusado al análisis de sugerencias constructivas, especialmente si proceden de su propio hogar; todavía con mayor interés, estoy cierto, los órganos del Estado estudiarían las tesis nuevas que surgieran del seno de la jurisdicción administrativa.

En la hora actual de México, vuestra colaboración, señores Magistrados, puede alcanzar el mayor relieve, al entretejer los principios contemporáneos del derecho tributario y de la economía financiera, permitiendo, pero siempre dentro del marco jurídico, que el régimen tributario se use con fines extrafiscales de diversa naturaleza; es decir, mucho podéis hacer para ayudar a la ecuación exacta del progreso y de la justicia social.

Ya algo muy importante se ha logrado en veinticinco años de trabajo: Consolidar un organismo respetable y respetado. Respetado por las dos partes que litigan ante él, porque el Estado sabe que siempre han sido limpias las relaciones de los contribuyentes con los jueces fiscales y éstos —los particulares también lo saben— nunca han sentido la presión o la influencia del Estado. En este doble sentido puedo decir, metafóricamente, que este flamante y excelente edificio del Tribunal Fiscal, es casa de cristal.

Señoras y señores: Deseo dejar constancia pública de la nitidez ética del Tribunal. Aun cuando la honradez de un funcionario sea sólo una virtud negativa, es también exacto que aquélla es una indispensable base para la actividad fecunda de la administración pública. Y también, por antipático que sea en una reunión como ésta el elogio al Gobierno, tengo que decir hoy en voz sin sordina, que han sido impecables en el campo de las finanzas públicas, las relaciones entre la Administración activa y la jurisdicción administrativa.

NOTAS

¹ *Derecho Administrativo*, Andrés Serra Rojas. En la nota de la página 809 transmite un concepto que se encuentra en la obra sobre *Derecho Procesal Administrativo*, de Alfonso Nava Negrete, en la que se transcribe mi opinión en el sentido de que el juicio contencioso ante el Tribunal Fiscal no es simplemente un juicio de nulidad; es también un juicio de plena jurisdicción.

² Prólogo de Alfonso Cortina a *Instituciones de Derecho Financiero* de Mario Pugliese, Trad. Fondo de Cultura Económica, Pág. 12.

³ Ley de Justicia Fiscal, Exposición de Motivos.

⁴ M. Hauriou, *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, Recueil Sirey, 1925, Pág. 453.

⁵ Hauriou, *Op. cit.*, Pág. 453.

⁶ Hauriou, *Op. cit.*, Pág. 451.

⁷ Hauriou, *Op. cit.*, Pág. 451.

⁸ Hauriou, *Op. cit.*, Pág. 452.

⁹ G. Vedel, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Pág. 389.

¹⁰ Vedel, *Op. cit.*, Pág. 390.

¹¹ Vedel, *Op. cit.*, Pág. 390.

¹² Vedel, *Op. cit.*, Pág. 391.

¹³ *Droit Administratif*, Wahlen, 9ª Edición, Pág. 143.

¹⁴ M. Duverger, *Les Institutions Françaises*, Presses Universitaires de France, páginas 274-275.

¹⁵ Henri Welter, *Le Contrôle Juridictionnel de la Moralité Administrative*, Recueil Sirey, Pág. 77.

¹⁶ L. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tomo 2, Pág. 381. L. Jouscard, *L'Esprit de Droit*, Pág. 242 y 243, citada por Welter, *Op. cit.*

¹⁷ Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo VI, Pág. 785.

¹⁸ Hauriou, *Op. cit.*, Pág. 197.

¹⁹ Duverger, *Op. cit.*, Pág. 262.

²⁰ Wahlen, *Op. cit.*, Págs. 203 y 204.

²¹ L. Minda Berman, *El Tribunal Fiscal*, Págs. 87 y sigs.

²² L. Minda Berman, "Un esqueleto en la Mansión", *Crédito Revista Comercial Bancaria*, Septiembre de 1961.

²³ Nota del Autor. Después de que el 11 de octubre de 1961 se dictó esta conferencia, se agregaron al artículo 160 del Código Fiscal, a fines de diciembre de 1961, dos nuevas fracciones. Por una de ellas adquirió el Tribunal competencia para conocer de decisiones

19. Evolución histórica de la jurisdicción administrativa en México

Gonzalo Armienta Calderón

LOS AZTECAS

"Recordar es volver la vista al
yo pretérito y hallarlo aún vi-
vo y vibrátil como un dardo
que sigue en el aire su carrera
cuando el brazo que lo lanzó
ya descansa."

ORTEGA Y GASSET

Cultura nahuatlteca

Nuestro estudio se inicia con este interrogante: ¿Cuáles han sido en los distintos estadios de la evolución histórica de México las formas que se han adoptado para la solución del litigio en materia tributaria?

Para dar cabal respuesta a tan interesante cuestión es menester remontarnos río arriba, por la azarosa corriente de la historia, y llegar hasta las fuentes pristinas de la civilización nahuatlteca, cuyo brillo y esplendor se extinguió al irrumir en las tierras de América las huestes representativas de la cultura occidental.

La íntima e inescindible interdependencia de los diversos fenómenos sociales nos obliga a hacer un análisis previo de las manifestaciones culturales de los antiguos mexicanos, con el objeto de ubicar el fenómeno tributario y delimitar la forma o formas adoptadas para solucionar los conflictos surgidos como consecuencia de la resistencia opuesta al pago del tributo.

Los más recientes estudios sobre la organización social, económica y política del pueblo azteca, que habitaba el altiplano de México y cuyo señorío comprendía los territorios enclavados entre los 15° y 20° de latitud norte, ponen de relieve el adelanto cultural de los tenochcas y sus aliados acolhuas.

La educación sacerdotal que recibían las clases dominantes y la poderosa influencia de las ideas religiosas en todos los actos de la vida del hombre en esta época de nuestra evolución histórica, nos obligan a re-

conocer que el pueblo mexicano constituía un estado teocrático militar,¹ cuyo gobierno tenía, ya en los tiempos de la conquista española, los claros perfiles de una monarquía.² Y afirma esta opinión, entre otras características de que más adelante haremos mención, el hecho de que al lado del *colhuatcuhtli* (a quien los cronistas llaman monarca o rey), era relevante la figura del *cihuacoatl*, gran sacerdote del culto de la diosa del mismo nombre, madre de Huitzilopochtli, quien formaba con el señor de los colhuas la simbólica dualidad hombre-mujer.³

Ignacio Romero Vargas Yturbe, con profundo sentimiento mexicano, realiza un acucioso y profundo estudio sobre la "Organización política de los pueblos de Anáhuac",⁴ y el análisis histórico, jurídico y filosófico de las instituciones, leyes, costumbres y ritos de los pueblos nahuas lo lleva a concluir que su estructura política correspondía a una federación constitucional sobre la cual prevalecía la confederación tripartita de los reinos de México, Tezcoco y Tlacopan. "La organización náhuatl, nos dice, corresponde a un arquetipo de derecho constitucional consuetudinario, de una federación de regiones y señoríos, supeditada a una confederación de Estados independientes entre sí, pero íntimamente unidos en el ejercicio del gobierno".⁵

No puede escapar a nuestra investigación el juicio que sobre este particular emitió el oidor don Alonso de Zorita, de quien Friedrich Katz se expresa en los siguientes términos: "A su obra se debe la mejor y casi única descripción de las relaciones derivadas de la posesión de la tierra entre los mexicanos de su época. También proporciona una amplia descripción de los diferentes grupos que formaron la nobleza. Poseía un verdadero sentido "etnológico". Analiza instituciones en su mayoría extrañas a los españoles, tales como el *calpulli* o la nobleza azteca, sin mezclar, como otros cronistas, conceptos hispanos".⁶ Zorita, decíamos, nos habla de la existencia de una confederación entre los pueblos de Anáhuac, y nos la describe de la siguiente manera: "En México y en su provincia

había tres señores principales, que eran el señor de México, y el de Tezcoco y el de Tlacopan, que ahora llaman Tacuba. Todos los demás señores inferiores servían y obedecían a estos tres señores; y porque estaban confederados, toda la tierra que sujetaban la partían entre sí.

Al señor de México habían dado la obediencia los señores de Tezcoco y Tacuba en las cosas de guerra, y en lo demás eran iguales, porque no tenía el uno que hacer en el señorío del otro, aunque algunos pueblos tenían comunes y repartían entre sí los tributos, los de unos igualmente, y los de otros se hacían cinco partes: dos llevaba el señor de México y dos el de Tezcoco y una el de Tacuba".⁷

El respeto a los sistemas de gobierno, normas y costumbres de los pueblos tributarios y la obligación de éstos, por otra parte, de reconocer la autoridad y disposiciones del gobierno central, revelan la existencia de una verdadera federación, pues el sistema federal se caracteriza —y en esto seguimos la opinión de Romero Vargas Yturbe— por "la superposición en el mismo territorio y con la misma población, de dos o más competencias de derecho, con sus propias constituciones y autoridades... y, que una de dichas competencias, la del gobierno federal, (puede ser una ley común), pueda coexistir con otros ordenamientos diferentes entre sí".⁸ Digalo si no el hecho de que en las salas de justicia (*tlaliztotecoyan*), ubicadas en el *tecpán* o palacio del *colhuatcuhtli*, dos jueces de cada provincia juzgaban a los miembros de su comunidad conforme a las reglas y costumbres que les eran propias. Y por su parte el gobierno central tenía autoridades hacendarias (*calpiqueques*) encargadas de cobrar los diversos tributos hasta las más apartadas regiones de los dominios de esta confederación; lo cual pudo constatar el mismo Hernán Díaz del Castillo, quien de la estancia y paso de Cortés por Veracruz nos relata: "Y estando en estas pláticas vinieron unos indios del mismo pueblo muy de prisa a decir a todos los caciques que allí estaban hablando con Cortés como venían cinco mexicanos, que eran los tecaúderos de Moctezuma..."⁹

Señalan los cronistas que al iniciarse el cuarto decenio del siglo XV, después del triunfo obtenido por los tenochcas sobre los tecpanecas, se integró la triple alianza de México-Tezcoco-Tlacopan. El mando, en el aspecto guerrero, correspondió a los aztecas; en cambio, los acolhuas (tezcocanos) marcaban el sendero a seguir en cuanto a actividades de orden legislativo, científico, cultural y judicial. Los tecpanecas del reino de Tlacopan, por pertenecer a la raza venida y por su menor entidad

¹ Chavero, Alfredo. *México a través de los siglos*. Historia Antigua y de la Conquista, tomo I, p. 643.

² Moreno M. Manuel. *La organización política y social de los aztecas*. Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1962, p. 145.

³ "Además de los guerreros, había funcionarios predominantemente civiles, ocupando el primer lugar después del rey el *cihuacoatl*, especie de *alter ego* del rey, su gemela hembra, como expresa la palabra, no porque fuera mujer tal funcionario, sino simbolizando la idea de la dualidad masculina y femenina que por dondequiera nos presenta la naturaleza". Riquelme Obregón, Terribin. Apuntes para la Historia del Derecho en México. Editorial Poli. México, 1937, tomo I, p. 343.

⁴ *Derecho constitucional mexicano*. Primera edición. México, 1957.

⁵ *Ibid.* cit. p. 384.

⁶ *Situación social y económica de los aztecas durante los siglos XV y XVI*. México, 1966, p. 4.

⁷ Zorita, Alonso de. *Breve y sumaria relación de los señores de la Nueva España*. Segunda edición, U.N.A.M. México, 1963, p. 11.

⁸ *Ibid.* cit. p. 79.

⁹ *Historia verdadera de la conquista de la Nueva España*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1972, p. 78.

demográfica y de poderío, guardaban cierta relación de inferioridad. Así, según nos relata Zorita,⁹ los tributos que percibían en forma mancomunada los reinos confederados se dividían en cinco partes, de las cuales dos quintas partes se destinaban a los tenochcas, otras dos a los texcocanos y sólo una quinta parte a los teopanecas aliados.¹⁰

El Estado Mexica, desde el punto de vista territorial, se puede dividir en tres grandes sectores:

a) La Ciudad de Tenochtitlan, fraccionada en veinte *calpullis* o barrios, "desempeñan con relación al pueblo mexicano el mismo papel que Atenas respecto del pueblo ateniense, o que Roma con relación al pueblo romano".¹¹

b) Los señorios cercanos a Tenochtitlan, sobre los que la dominación azteca se ejercía con más severidad. Se caracterizan porque al ser conquistados no conservaron a su propio *tecuhlli*, pues se les asignaba para gobernarlos a un miembro de la nobleza *colhua*. Estos señorios fueron Atzacapotzalco, Coyoacán y Xochimilco. Tributaban como esclavos (*tequitin tlácatl*).

c) Todas las provincias que para evitarse los horrores de la guerra con un enemigo tan feroz y sanguinario habían aceptado convertirse en aliados y tributarios de los tenochcas, así como aquellos otros que vencidos en la guerra soportaban el pesado yugo de la triple tributación impuesta por los vencedores (servicios personales, frutos naturales e industriales y aportación de guerreros y armas).

La organización religiosa, política, administrativa, fiscal y judicial estaba claramente diferenciada no obstante la concurrencia en un mismo funcionario de atribuciones que correspondían a dos o más de estas actividades del Estado.

Organización político-administrativa

El más alto representante de esta sorprendente organización era el *colhuatecuhtli*,¹² *huaytlatoani*,¹³ *tlacatecuhtli*,¹⁴ o *altepé*¹⁵ como lo llamaban sus súbditos, según fuera la función que al designarlo trataran de poner de relieve.

El jefe del Estado Azteca, a partir de Itzcoatl,¹⁶ era elevado al po-

der por cuatro grandes electores miembros del *tlatoctlan*,¹⁷ con la sanción (al hacer acto de presencia) de los señores de Texcoco y de Tlacopan.

La indisoluble unión entre el culto religioso y el Estado se refleja en el relato que nos brinda fray Diego Durán al describir la exaltación al trono del segundo de los gobernantes tenochcas: "Fecha la plática, los principales de los quatro barrios, conviene á saber, del barrio de Moxtla y del de Teopanilaca y el de Atzacualco y el barrio de Cuepan, todos á una respondieron y dixeron: Mexicanos, aquí estamos todos en nuestra junta y cabildo, aquí sin hacer injuria á nadie hablamos libremente: nuestra voluntad es de que sea nuestro Rey y señor el hijo de Acamapach, nuestro Rey pasado, que a por nombre *Pitiliuhtli*, mancebo y gentil hombre de buen congoon, amable y apacible, animoso y de buenas y loables costumbres, y éste querremos que nos rija y gouierne y que sea nuestro señor y Rey, y sea la semejanza de nuestro dios *Pitilapochtli*...".¹⁸ Así también Zorita refiere: "No hay para qué decir las ceremonias que hacían quando era electo o surdía algún señor. Solamente me pareció decir cómo lo llevaban al templo, e iba con él gran multitud de gente con gran silencio, y lo subían del brazo por las gradas, que no eran pocas, dos principales. Y llegados a lo alto, el ministro mayor del templo le daba y ponía las insignias reales, y lo saludaba con algunas breves palabras, y lo cubía con dos mantas de algodón, la una azul y la otra negra, y en ellas pintadas muchas rabezas y huesos de muertos, para que se acordase que había de morir como los demás...".¹⁹

Si el Estado azteca era guerrero y sacerdotal por autonomía, y en la elección de su jefe predominaban los atributos correspondientes a estas dos actividades, deberíamos llegar a la lógica inferencia de que todo el poder radicaba en el monarca. Sin embargo, al adentrarnos en el estudio de su estructura política, administrativa y judicial nos percatamos de que la necesidad de dividir el trabajo creó un verdadero enjambre de funcionarios y una complicada pero bien organizada burocracia. El *colhuatecuhtli* se reservó el poder legislativo y compartió con el *cihuacoatl*, a partir de Moctezuma Ilhuicamina, la soberana potestad de aplicar la pena de muerte. De esta suprema facultad gozó también el tribunal de los *pochtecas* (tribunal especial de los comerciantes), en asuntos de su competencia, y ello, claro está, hace palpable la destacada importancia que nuestros antepasados atribuyeron al comercio.

⁹ *Supra*, pp. 16 y 17.

¹⁰ Zorita, *ob. cit.* p. 11.

¹¹ Moreno M. Manuel. *Ob. cit.* p. 39.

¹² Señor de los *colhuas*.

¹³ Gradon supremo.

¹⁴ Señor de los hombres.

¹⁵ El que está en la cima.

¹⁶ Cuarto rey azteca.

¹⁷ Consejo supremo del Estado Mexica.

¹⁸ *Historia de las Indias de Nueva España y Islas de Tierra Firme*. Editora Nacional, México, 1969, tomo I, pp. 54 y 55.

¹⁹ *Ob. cit.* pp. 15 y 16.

"... y los señores mercaderes que regían a los otros mercaderes tenían por sí su jurisdicción y su judicatura; y si alguno de los mercaderes hacía algún delito, no los llevaban delante de los señores, a que ellos los juzgasen, más los mercaderes mismos, que eran señores de los otros mercaderes, juzgaban las causas de todos los mercaderes por sí mismos... Y si alguno incurría en pena de muerte ellos le sentenciaban, y mataban, o en la cárcel, o en su casa, o en otra parte según que lo tenían de costumbre... y a los que delinquían en el tíanguez ellos los castigaban..."²⁰

Jerárquicamente seguía al *colhuatecutli* un cuerpo colegiado, el *tlatoacan*, que *conocela*, dividido en cuatro o cinco cámaras, de los asuntos graves del Estado. Sus miembros se denominaban *tlatoani* o *tecuh-tlatocqui*, y el presidente de la asamblea, cuando funcionaba en forma plenaria, recibía el nombre de *huaytlatoani* (gran orador). Se componía de doce miembros presididos por el jefe del Estado y a falta de éste por el *cihuacoatl*. Este consejo fue instituido por Itzcoatl, al integrarse la triple alianza. Era un organismo de carácter oligárquico, y, por ende, todos sus miembros formaban parte de la familia reinante.

"Para que el príncipe obrara según su misión, tenía sus consejeros que eran los grandes y los dignatarios del reino. Tenía sus ministros que siempre estaban a su lado; su ministro de guerra, *tlacocheolcail*, sus ministros de justicia, de cultos y de hacienda... Al lado de los diversos ministerios existía un consejo de estado que presidía el rey y que al mismo tiempo funcionaba como supremo tribunal de apelación".²¹

Al frente de la administración pública encontramos un dignatario que aparece por primera vez en tiempos del reinado de Moctezuma Uhuicaminna, quien para premiar al valeroso guerrero *Tlacacel* (*Atempanecatl Tlacacelitzin*), gran sacerdote de la diosa *cihuacoatlícue* (mujer serpiente), aunó a sus funciones sacerdotales tan importantes y elevadas atribuciones de índole administrativa, judicial y tributaria, que lo convirtió en un primer ministro a la manera del sistema político

²⁰ Sahagún, fray Bernardino de, *Historia general de la Nueva España*, Editorial Pedro Robredo, 1938, tomo II, p. 358.

²¹ Kohler, J. *El derecho de los aztecas*. Traducida del alemán por Carlos Roa. Biblioteca Jurídica Militar, tomo XIV, Núm. 9 y 10, septiembre-octubre 1948, p. 352.

inglés.²² Este "Presidente, y Juez *maior*", como le llama Torquemada²³ recibía el nombre de *cihuacoatl*.

Las funciones del *cihuacoatl* comprendían la administración hacendaria del Estado, el mando del gobierno cuando el *tlacatecutli* marchaba a la guerra, la designación de jueces y el conocimiento y decisión de las causas penales en segunda instancia como órgano judicial unipersonal. Era el personaje que después del *colhuatecutli* reunía los más grandes poderes. Torquemada nos habla de la existencia del *cihuacoatl* con "autoridad de virrey", para agregar enseguida que "Este Supremo Juez no se proveía para todos los Pueblos indiferentemente, sino para las Ciudades, y Poblaciones grandes y que tenían mucha comarca"²⁴ lo que inclina a creer que no se trataba de un solo funcionario, sino de varios con la misma veste. Sin embargo, pensamos que el cargo civil de *cihuacoatl* lo desempeñaba una sola persona designada por el *colhuatecutli*, y que este funcionario civil utilizaba a los sacerdotes de su culto en los lugares importantes fuera de Tenochtitlan, para delegarles algunas de sus atribuciones de importancia secundaria, en sus respectivas localidades.

Según en jerarquía, en Tenochtitlan, los *calpultec* o *chinancaltec*, jefes de cada uno de los veinte *calpultis* en que se encontraba dividida la ciudad; y en los señoríos aliados o subyugados, los *tecuitlis* o señores, que eran jefes políticos con funciones eminentemente administrativas.

Funcionarios de menor entidad eran los *topiles*, especie de alguaciles encargados del orden público; los *tequitlatos*, mayordomos encargados de dirigir el trabajo manual; los *tlayacauques*, jefes de cuadrilla; los *paynauis*, correos; los *tequihuaques*, embajadores; los *tepuhtlatos*, directores de los *tepuhtlatlis*²⁵ y encargados de las obras públicas, y los *centetlapixques*, que ejercían funciones de policía.

Organización judicial

Cronistas, historiadores y juristas ponderan con entusiasmo las virtudes de la administración de justicia con que contaba el pueblo az-

²² Romero-vargas Yturbe (Ols. cit. p. 391) equipara, en cuanto a su estructura, al sistema político consuetudinario inglés con el mexicano. El primero, nos dice, provino de la Carta Magna suscrita por el rey Juan sin Tierra; y el segundo, del pacto del pueblo azteca con la nobleza mexicana, que hizo efectivo Itzcoatl al triunfo de las armas tenochcas sobre Atzacapotzleo (año de 1427).

²³ *Monarquía Indiana*, Impreso por Nicolás Rodríguez Franco, Madrid, 1723. Segundo tomo, p. 352.

²⁴ Ols. cit. Segundo tomo, p. 352.

²⁵ Escuelas públicas donde se preparaba a los jóvenes para las actividades

teca; Zorita nos hace este pertinente relato: "Dicen los religiosos antiguos en aquella tierra, que después que los naturales están en la sujeción de los españoles y se perdió la buena manera de gobierno que entre ellos había, comenzó a no haber orden y concierto, y se perdió la policía y justicia y ejecución de ella que entre ellos había, y se han frecuentado mucho los pleitos y los divorcios, y anda todo confuso... Los jueces ninguna cosa recibían en poca ni en mucha cantidad, ni hacían acepción de personas, entre grandes ni pequeños, ricos ni pobres, y usaban en su judicatum con todos gran rectitud; y lo mismo era entre los demás ministros de la justicia... Asimismo se entenderá por lo dicho, si les hicieron ventaja aquellos famosos romanos y otros antiguos, que por guardar sus leyes ejecutaron la pena y rigor de ellas en sus hijos, y si tenían más policía en su gobierno, y si justificaban mejor sus guerras. Ciertamente, si bien se considera, se hallará que en todo igualaron con ellos..."²²

Discrepan los autores, en cambio, en su descripción sobre la organización judicial del pueblo azteca, pues si bien todos reconocen que presidía la judicatura el propio *colhuatecuhtli*, no existe conformidad respecto al orden jerárquico y atribuciones de los demás funcionarios judiciales. Chavero,²³ a quien sigue Carrancá y Trujillo,²⁴ refiere que de los negocios civiles y penales de los habitantes de Tenochtitlan, conocía en primera instancia un tribunal integrado por cuatro jueces, todos miembros del *tlatoacan*. Ellos eran el *Tecoyahuicatl*, el *Ehuahuicatl*, el *Acazacapanicatl* y el *Tequizquinahuicatl*. Por su parte Torquemada, y con él Clavijero, Orzco y Berra, Kohler y Manuel M. Moreno, hacen especial mención del Tribunal del *Tlatoatecatl* como órgano de primera instancia para conocer de esta clase de juicios. El relato de Torquemada es uno de los más interesantes y descriptivos que encontramos entre los cronistas de la Nueva España:

"Después de este Juez Supremo, ó Virrey avia otro Juez, cuyo nombre, por el oficio era Tlatoatecatl, cuyo oficio era conocer causas civiles, y criminales: el qual tenia por asesores, y acompañados otros dos, llamado el uno Quauhnochtli, y el otro Tlaylotlac: Estos Jueces hacen alusión, y son muy parecidos a las Audiencias, que en algunos de los Reinos de nuestra Es-

paña se usan; en especial, en estas Indias, la de Nalisco, o Nueva Galicia, y la de Guatemala, que los Oidores sirven oficio de Alcaldes de Corte, por cuya razón usan de varas de Justicia, y por ser Oidores, juzgan lo civil, como en esta Audiencia, y Chancillería Real de Mexico: y por tener autoridad de Alcaldes de Corte, conocen de lo criminal, como los que exercen este oficio en la dicha Chancillería, en la qual son los unos, y los otros distintos, y tienen sus particulares Alcaldes, que cada qual asiste en su Audiencia."²⁵

Al depurar los datos que nos proporcionan estos autores, hemos llegado a la convicción de que la administración de justicia en Tenochtitlan y sus provincias se encontraba organizada de la siguiente manera:

1. El jefe del Estado o *Colhuatecuhtli* presidía toda la organización judicial, pero sólo conocía de los casos graves o complicados que se le turbaban para su resolución cada diez o doce días por los tribunales de Tenochtitlan; o bien cada cuatro meses mexicanos (ochenta días). A esta audiencia suprema en que se reunían todos los jueces y tribunales del país para concluir todos los asuntos pendientes, llamaban *Napanatlali*.

2. El *ehuahuicatl*, Ministro de Justicia, conocía en revisión de las causas penales y tenía la potestad, que compartía con el *colhuatecuhtli*, de aplicar la pena de muerte.

3. El *Tlatoacan*, a través de la Sala de los Cuatro Grandes Jueces: el *Tecoyahuicatl*, el *Ehuahuicatl*, el *Acazacapanicatl* y el *Tequizquinahuicatl*, conocía en segunda instancia de los asuntos civiles.

4. El *Tlatoatecatl*, juzgaba en primera instancia de los asuntos civiles y criminales de los habitantes de Tenochtitlan. Era un cuerpo colegiado que presidía el propio *Tlatoatecatl*, en cuyo nombre se pronunciaba la sentencia, y del cual formaban parte otros dos jueces: el *Tlaylotlac* y el *Quauhnochtli*, quien era juez ejecutor.

5. Existían además, según nos relata Zorita, jueces por cada provincia, residentes en Tenochtitlan. Estos juzgaban en primera instancia de los asuntos de los habitantes de su jurisdicción, conforme a las leyes locales.²⁶

6. "En las provincias y pueblos había jueces ordinarios que tenían jurisdicción limitada para sentenciar pleitos de poca calidad. Podían prender (a) todos los delinquentes y examinar y concluir los pleitos arduos, y guardaban la determinación para los ayuntamientos generales que había con el señor, de cuatro en cuatro meses, que cada mes

guerreros y para ciertos puestos públicos que no comprendían los reservados a la nobleza, la cual ordinariamente se educaba en el *colmécac*.

²² Ob. cit. pp. 51, 53 y 104.

²³ Ob. cit. tomo I, p. 634.

²⁴ La organización social de los antiguos mexicanos. Ediciones Botas, México, 1966, pp. 33 y 34.

²⁵ Ob. cit. Segundo tomo, p. 352.

²⁶ Ob. cit. p. 51.

era de veinte días: y a esta junta acudían de toda la tierra ante el señor, y se determinaban todos los negocios arduos y criminales. Duraba esta consulta diez o doce días".⁷⁷

7. Los jueces menores, que impartían justicia en el *tlaxilacalli*.

8. Los auxiliares de la administración de justicia eran numerosos, y así podemos citar a los escribanos o *amatlacuilos*,⁷⁸ al *tecpóyotl*, notificador o pregonero, a los *centectlapirques*, que ejercían funciones de policía y daban cuenta a los jueces de la conducta de las familias bajo su cuidado, al *acheauhltli* o *acheauhtzin*, "que era como ahora alguacil, y tenía vara gorda, y prendía a los delincuentes, y los ponía en la cárcel".⁷⁹ Así como a los *topilli*, alguaciles ejecutores encargados del orden público.

La carrera judicial estaba reservada a la nobleza, por lo que había un periodo previo de preparación (tirocinio) durante el cual jóvenes nobles (*teuctilis*) acudían a las audiencias y auxiliaban a los jueces, sirviéndoles como ejecutores de sus determinaciones.

Según opinan Sahagún, Kohler,⁸⁰ Flores García,⁸¹ y Carrancá y Trujillo, el patrocinio judicial era una institución reconocida por el derecho procesal azteca; en cambio, afirman lo contrario Clavijero y Chavero, con la salvedad, este último, relativa a la facultad atribuida a los *chinancalli*, de defender a los miembros del *calpulli* ante los jueces y otras dignidades.

Los juicios eran orales, fundamentalmente porque en su tramitación privaban los principios de celeridad y expeditéz, concentración procesal y limitación de los recursos.

El desarrollo jurídico-cultural del pueblo colhuia lo llevó al conocimiento de la institución de la cosa juzgada, según nos refieren Torquemada, Kohler y Toribio Esquivel Obregón en párrafos que por su interés transcribimos a continuación:

⁷⁷ Ob. cit. p. 55.

⁷⁸ "Había con ellos escribanos o pintores muy diestros que con sus caracteres ponían las personas que pleitaban y sobre qué, y las demandas y testigos y lo que se determinaba o sentenciaba". Zorita, ob. cit. p. 54.

⁷⁹ Sahagún. Cita de Romero-vargas Yruabide. Ob. cit. p. 254.

⁸⁰ "Las partes podían tener sus patronos (*tepanitlatoni*) y sus representantes (*tlamemiliani*): en los procesos criminales también había patronos; sin embargo, era la defensa limitada en los casos de delitos graves. Pero no es muy seguro que se hubiera desarrollado una profesión de abogado propiamente dicha aunque parece probable, según la narración de Sahagún." Ob. cit., tomo XVI. Nos. 1 y 2. Enero-febrero 1950, p. 27.

⁸¹ "La administración de justicia en los pueblos aborígenes de Anáhuac. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XV, Enero-marzo 1963. Núm. 57. pp. 121 a 123.

"El lugar de su Juzgado se llamaba *Tlaltzontecoyun*, que quiere decir: Lugar de Sentencias, de *Tlaltzontecatl*, que quiere decir: Cosa Juzgada." ⁸² Ob.

"El fallo definitivo constituía *res judicata* y era irrevocable" ⁸³

"En cada tribunal había escribanos o peritos que tomaban nota de las resoluciones; en su forma figurada, dando así estabilidad a los derechos de las partes, lo que hace suponer la existencia de la excepción de cosa juzgada." ⁸⁴

El ejercicio de la función judicial correspondía, como hemos podido ver, al Estado, quien cubría a los jueces sus emolumentos. Al efecto, el desempeño del oficio llevaba implícito el derecho de gozar de los frutos de ciertas tierras que estaban destinadas a este objeto.

Los miembros de la administración de justicia eran personas que pertenecían a la nobleza y la atribución del cargo implicaba elevados honores y grandes responsabilidades.

Existían tribunales especiales para los comerciantes (*pochtecas*), los nobles, los sacerdotes y los guerreros, a quienes inclusive se castigaba con mayor severidad.

La organización, básicamente religiosa y militar, se traducía en la severidad de las sanciones, por lo que la pena de muerte era la consecuencia inevitable de actos cuya nota antisocial podía juzgarse, aun en otras sociedades de aquellos tiempos, como ausente o leve.

Organización tributaria

La grandeza del Estado Azteca tiene su más sólido apoyo en el sistema tributario, adoptado tanto por él como por sus aliados acolhuas y teapanecas de Tlaepan (Tacuba). Fue a través de las cargas tributarias impuestas a los pueblos sojuzgados como canalizó en su provecho el esfuerzo, la capacidad y el talento artístico de los pobladores de sus diversos señoríos, así como la rica variedad de productos que de los confines del extenso territorio bajo su dominio llevaban los calpixques y tecuhtlis enraigados de su ocuclación.

"Habiendo pacificado la provincia luego los señores del campo repartían tributos a los que habían sido conquistados, para

⁸² Ob. Torquemada. Ob. cit., segundo tomo, p. 353.

⁸³ Kohler. Ob. cit. Tomo XVI. Nos. 1 y 2. Enero-febrero 1950, p. 29.

⁸⁴ Esquivel Obregón, Toribio. *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, Editorial Polis, México, 1952. Tomo I, pp. 387 y 388.

que cada un año los diesen al señor que les había conquistado; y el tributo era de lo que en aquella provincia se criaba y se haría."¹¹

El tributo tenía su fundamento jurídico en los tratados internacionales celebrados con todos los pueblos sobre los que extendía su imperio la triple alianza de Anáhuac.

"Todos estos tributos que aquí e contado y muchas cosas mas que la ystoria pone así en confuso debaxo de una generalidad, que incluye y cifra todas las cosas criadas, tributaban las provincias, ciudades, villas y pueblos de la tierra al rey de México, y la causa que pone para que oviese obligacion de tributar dice de esta manera: tributaban las provincias todas de la tierra, pueblos villas y lugares, despues de ser vencidos y sujetados por guerras y compellidos por ella por causa de que los valerosos mexicanos tuviesen por bien de baxar las espadas y rodellas, y cesasen de los matar á ellos y á los viejos y viejas y niños por redimir sus vidas y por evitar la destruccion de sus pueblos y menoscavos de sus haciendas. A esta causa se dauan por siervos y vasallos de los mexicanos y les tributaban de todas las cosas criadas debaxo del cielo..."¹²

"Los pueblos que venían de esta manera, sin guerra, tributaban como amigos, y servían de acudir a los llamamientos y a ayudar en las guerras que se ofrecían; y los que se daban por guerra pagaban mayores tributos."¹³

En cuanto a los habitantes de Tenochtitlan, Tacuba y Texcoco, el tributo gravitaba según reglas de derecho consuetudinario sólo sobre una parte de la población, al existir ciertos grupos sociales y categorías de personas exentos de su pago. Tales eran los nobles, sacerdotes, guerreros, valientes, ancianos, viudas, huérfanos, menores, inválidos, *mayerques* (siervos tributarios de los nobles propietarios o usufructuarios de las tierras), escritores, músicos y pobres mendicantes.¹⁴

¹¹ Sahagún, Ob. cit. p. 317.

¹² Durán, Fray Diego. Ob. cit. Tomo I, p. 213.

¹³ Zorita, Ob. cit. p. 61.

¹⁴ Zorita, Ob. cit. pp. 115 y 116. En el mismo sentido Katz, Friedrich, ob. cit. p. 93.

¹⁵ "Los pintores, es decir los escritores, y los músicos eran tenidos en alta estima y gozaban de exención de impuestos." Kohler, Ob. cit. Tomo XIV, Nos. 11 y 12, noviembre-diciembre 1940, p. 416.

Sabemos que los antiguos mexicanos hicieron de la guerra su ocupación primordial. Ello se debía, sin lugar a dudas, a la utilidad que les reportaba, tanto en el aspecto religioso como en el económico. En cuanto a lo primero era el medio adecuado para tener gratos a sus dioses al ofrecerles la vida de sus prisioneros; por lo que atañe a lo segundo, era el medio fundamental de abastecimiento con que contaba el Estado Mexicano para su subsistencia.

La recia organización fiscal de los aztecas, sus severas sanciones en el caso de evasión fiscal o resistencia al pago del gravamen tributario y la distribución de la carga fiscal según cánones preestablecidos,¹⁶ que atendían, en cuanto a los señorios conquistados, a la actitud que asumían cuando se pretendía imponerles el vasallaje,¹⁷ y en cuanto a sus nacionales, a la clase social a que pertenecían, a cierto espíritu proteccionista o a circunstancias de particular capacidad tributaria, eran destacadas manifestaciones de la singular fisonomía del pueblo tenochca, esencialmente en lo que atañe a sus principios éticos y a su elevado índice cultural. Afirma Rosenzweig Yarbule,¹⁸ que "Por su naturaleza misma ninguna rama del derecho lleva tan profundamente impresos los caracteres particulares de un pueblo y la personalidad de un Estado, como el *derecho fiscal*". Y este pensamiento cobra su más definitiva expresión de verdad en el derecho tributario de la confederación nahuatlaca.

Al mismo Hernán Cortés impresionó el concierto y métodos adoptados para recabar las gabelas. En su Segunda Carta de Relación, dice al Emperador Carlos V:

"En todas las entradas de la ciudad, y en las portes donde descargan las canoas, que es donde viene la más cantidad de los mantenimientos que entran en la ciudad, hay chozas hechas donde están personas por guardas y que reciben *centum quid* de cada cosa que entra.

Esto no sé si lo lleva al señor o si es pequeño para la ciudad, porque hasta ahora no lo he alcanzado; pero creo que para

¹⁶ Con toda seguridad existía en la ciudad México-Tenochtitlan, un sistema preciso y efectivo para fijar y recaudar los tributos. De acuerdo con Zorita cada habitante era inscrito en pictogramas a los seis o siete años de edad y suplicando a su muerte; una bien organizada administración cuidaba con exactitud de que cada persona cumpliera con las obligaciones respectivas." Katz, Friedrich, ob. cit. p. 90.

¹⁷ Los pueblos rebeldes tributaban como esclavos (*tlacotin ilicito*). "La falta de pago del tributo o el retardo en el mismo, ocasionaba fuertes represalias por parte de los aztecas, las que llegaban hasta la destrucción de las poblaciones." Katz, Friedrich, Ob. cit. p. 90.

¹⁸ Ob. cit. p. 352.

el señor, porque en otros mercados de otras provincias se ha visto coger aquel derecho para el señor de ellas. Hay en todos los mercados y lugares públicos de la dicha ciudad, todos los días, muchas personas, trabajadores y maestros de todos oficios, esperando quien los alquile por sus jornales."⁴¹

Al frente de la Hacienda pública se encontraba el *cihuacatl* como Ministro Universal.⁴² Le seguía el *hucycalpixque* o *supremo recaudador*, bajo cuyas órdenes estaban todos los *calpixques* (recaudadores), distribuidos en los *calpullis* de Tenochtitlan y en todos los señoríos que formaban la confederación nahuatlaca.

El *Petlacatl*, señor de la casa de los tercios, era el encargado de almacenar los objetos y frutos naturales e industriales, recolectados por los *calpixques*. Hace referencia a este personaje el propio Chavero, cuando relata:

"Los tributos producían al año inmensas cantidades de todos los productos y artefactos del territorio conquistado, que cada ochenta días se recaudaban y remitan a México. Almacenábanse aquí por los *calpixque*, que estaban al mando del *Petlacatl*, señor de la casa de los tercios, o administrador de los almacenes, cuya representación nos ha conservado el códice Mendocino.

Estos tributos constituían la hacienda pública y se daban para la sustentación del gobierno y para las guerras que eran ordinarias; de ellos tomábase la remuneración o paga para los dignatarios y jueces, para los principales y jefes guerreros, y para la provisión en campaña."⁴³

El mismo *petlacatl* anotaba los tributos almacenados, en libros de papel denominados *amatl*.

Llamábase *petlacatl* el lugar donde almacenaba los tributos y *calpixcacatl* la sala donde se reunían los recaudadores o *calpixques*.

"Otra sala se llamaba *calpixcacatl*, por otro nombre *texancatl*. En este lugar se juntaban todos los mayordomos del señor, tra-

yendo cada uno la cuenta de los tributos que tenía a su cargo para dar cuenta y razón de ellos al señor cuando se los pidiese, y así cada día tenía cada uno aparejado el tributo que era a su cargo..."⁴⁴

La organización financiera y la estructura económica de la triple alianza tienen en el *calpixque* al funcionario de más destacada importancia. Eran ellos los que tenían a su cargo el allegar, mediante el cobro del tributo, los medios necesarios para cubrir los elevados gastos públicos de la confederación, que comprendían, según enumeración que nos hace Friedrich Katz: el sostenimiento del soberano, su familia y su corte; el financiamiento de las guerras; la celebración de fiestas; las donaciones, regalos y sacrificios con fines religiosos; los regalos de cortesía a mensajeros y huéspedes; las construcciones públicas; los sueldos de funcionarios y empleados; el sostenimiento de artesanos, cantores y otros artistas; así como diversas prestaciones asistenciales.⁴⁵

La actividad de los *calpixques* estaba perfecta y severamente reglamentada, pues de su preciso cumplimiento dependía la vida misma de los Estados confederados.

"y si el señor sabía y tenía averiguado de alguno de los mayordomos, que había tomado y aplicado para sí alguna parte del tributo que era a su cargo, luego mandaba el señor prenderle y echarle en una jaula hecha de viguetas gruesas; y también mandaba y proveía el señor que todas las mujeres amancebadas con tal mayordomo, e hijos o hijas o deudos, les echasen fuera de su casa, y les desposeyesen de la casa con toda la hacienda que antes tenía el mayordomo delincuente; y así la casa con toda la hacienda se aplicaba al señor, y luego mandaba cerrar la y condenáble a muerte."⁴⁶

En esta sorprendente ordenación hacendaria estaban predeterminados en forma invariada los sujetos de la relación jurídico-tributaria: el Estado, sujeto activo, en ejercicio del poder impositivo establecía y recaudaba todos los bienes mediante cuya entrega se cumplía la obligación tributaria por parte del sujeto pasivo, constituido genéricamente por los *maxahuales* (campesinos y artesanos), los *pochtecas* (mercaderes), los señoríos súbditos y los pueblos que habían aceptado, sin oponer resistencia, la tributación impuesta por los Estados miembros de la confederación nahuatlaca.⁴⁷

⁴¹ Cortés, Hernán. *Cartas de Relación*, Editorial Porrúa, S. A. Segunda edición, México, 1963, p. 34.

⁴² "Y creemos que de ninguna manera nos podremos formar idea más exacta de su carácter que al lo comparamos con un ministro universal." Chavero, Ob. cit. Tomo I, p. 649.

⁴³ "Otra de las funciones muy importantes del *Cihuacatl* era la administración de la hacienda pública." Chavero, Ob. cit. Tomo I, p. 650.

⁴⁴ Ob. cit. Tomo I, p. 652.

⁴⁵ Sahagún, fray Bernardino de, Ob. cit. Tomo II, p. 312.

⁴⁶ Ob. cit. pp. 102 a 113.

⁴⁷ Sahagún, fray Bernardino de, Ob. cit. Tomo II, p. 312.

⁴⁸ Supra. pp. 25, 26 y 27.

"... todos los cuales pueblos y tierras ganaron y señorearon estos mexicanos valerosos en breve tiempo, de los cuales y de sus rentas de ellos traían de tributo lo mas suprenio y deseado..."⁴⁹

El pago de los tributos en especie se comprende al considerar que no existía entre los aztecas una verdadera moneda como equivalente único de cambio. Esta función correspondía a diversas clases de objetos, a saber: el cacao, la almendra, las mantas (*cuachtli*), joyas de oro, plumas y piedras preciosas, cañones transparentes de plumas llenos de polvo de oro y pequeñas hachitas de cobre.⁵⁰ "Pero nada de todo esto podía llenar por completo las funciones económicas de la moneda; servían tales cosas únicamente para convenios especiales y conservaba el comercio su carácter de feria, sin que pudiera llamarse al contrato compra-venta, si no era por accidente y en determinadas ocasiones. Esto nos obliga a decir que en realidad los mexica no tenían moneda."⁵¹

Zorita, al hablar del sujeto pasivo de la relación tributaria, elabora una clasificación de la cual se desprende que el tributo, en cuanto a su naturaleza, se distribuía entre los diversos grupos afectos a su pago, atendiendo a la ocupación de sus componentes de manera que cada quien contribuía con los productos de su propia industria. Dejémosle la palabra a nuestro eminente historiador:

"Lo que se pudo averiguar es que los labradores pagaban los tributos reales y personales; y los mercaderes y oficiales pagaban tributo, pero no personal, si no era en tiempo de guerras. En lo que los súbditos tributaban había orden y concierto, y cada provincia y pueblo tributaba según su calidad y gente y tierras que tenían, porque cada pueblo o provincia tributaba de lo que en ella se cogía y labraba, sin que fuese necesario salir a buscarlo fuera de su natural, ni de tierra caliente a fría, ni de fría a caliente... Por manera que los labradores hacían, labraban y beneficiaban, cogían y encerraban las sementeras; los oficiales tributaban lo que era de su oficio; los mercaderes de sus mercancías, ropas, plumas, joyas, piedras, cada uno de lo que trataba, y los tributos de éstos eran de más valor, por ser gente rica y próspera."⁵²

⁴⁹ Tezómoc. *Crónica Mexicana*. MDXCVIII. Edición de José M. Vigil. México, 1878. p. 250.

⁵⁰ Chavero. Ob. cit. Tomo I. p. 650.

Katz, Friedrich. Ob. cit. p. 59.

⁵¹ Chavero. Ob. cit. Tomo I. p. 651.

⁵² Ob. cit. pp. 115 a 118.

Concordante con la relación anterior, fray Francisco Javier Clavijero, nos refiere:

"Todas las provincias conquistadas por los aztecas mexicanos eran tributarias de la corona y pagaban de los frutos, animales y minerales de la tierra, según la tasa que se les había prescrito, y además de eso los mercaderes contribuían una parte de sus mercancías y todos los artifices cierto número de las obras que trabajaban."⁵³

La fuerte cohesión étnica de los grupos nahuatlacas desarrolló en ellos un profundo espíritu de unidad y un concepto del hombre en función de la colectividad, de donde se deriva el hecho de que entre los aztecas prevalece un acusado sentido de la finalidad social del tributo. A tal grado que el *colhuatecuhtli* no podía disponer a su arbitrio de los bienes que integraban la hacienda pública:

"y no era en manos del señor disponer a su voluntad de estos tributos, porque se alteraba la gente y los principales, si no era de su parte, y los demás en lo que está dicho; y por ser la gente mucha era mucho lo que se allegaba, y había para todo."⁵⁴

Evidencia esta particular y avanzada manera de aprehender el objeto del tributo, la circunstancia de que los bienes repletados por los calpixques no sólo se destinaban a cubrir los gastos normales de la administración estatal, sino que en casos de calamidades públicas se distribuían entre el pueblo para satisfacer sus más apremiantes necesidades.

"En tiempo de pestilencia o de esterilidad, acudían estos inferiores o los mayordomos al señor suprenio y universal a darle relación de ello, y siendo así, que siempre lo era, porque no osaban de otra manera tratar de ello, mandaba que no se cobrase el tributo aquel año de los pueblos donde esto sucedía; y si era necesario, por ser grande la falta y esterilidad, los mandaba dar ayuda para sustentarse, y simiente para sembrar

⁵³ *Historia antigua de México*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1964. pp. 214 y 215.

⁵⁴ Zorita. Ob. cit. pp. 112 y 113.

Al también Tezómoc, relata: "Y los que venían de otras tierras llegaban con sus cosas y se las dejaban que habían sus tributos, y aunque venían a darlos a 'reñat', era para todos los mexicanos en común." Ob. cit. p. 253.

a otro año, porque su intento era revelar y conservar sus vasallos en cuanto era posible." ²²

Clavijero abunda en estos mismos conceptos y su pluma amena y descriptiva nos apunta:

"Es verdad que una gran parte y por ventura la mayor de estas rentas se expendía en beneficio de los mismos vasallos... ya socorriendo a los menesterosos, especialmente a las viudas, los huérfanos y los viejos inválidos, que eran las tres clases de gente que merecieron siempre particular compasión de los mexicanos, ya franqueando al pueblo las reales trojes en tiempo de carestía..." ²³

Por la crónica de Torquemada sabemos que la tasa del tributo alcanzaba una tercera parte de los productos obtenidos por el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria.

"Avia otros Pecheros, que labraban sus Heredades y pagaban cada año de todo lo que cogian, de tres Fanegas, una; y de todo lo que criaban, de tres, uno." ²⁴

De ahí también el nombre del jefe de los grandes almacenes del Estado: *Petitlacatl* (señor de la casa de los tercios).

El tema, en fin, es inagotable y ofrece ángulos y facetas aún inexplorados que representan para los estudiosos de la materia un tesoro invaluable cuyo conocimiento venirá a incrementar la admiración que merece aquella raza que supo salir de los remotos y oscuros rincones de la historia al forjar la más esplendorosa cultura de América.

Criterio conclusivo

Después de esta breve reseña sobre la organización política, administrativa, judicial y tributaria de los antiguos mexicanos, arribamos al punto neurálgico de nuestra investigación: ¿llegaron a conocer los pueblos nahuatlacas el proceso como fórmula heterocompositiva del litigio en materia tributaria?

²² Zúñiga, Ob. cit. pp. 124 y 125.

²³ Ob. cit. p. 218.

En el mismo sentido Ixtlixóchitl, Fernando de Alva. *Obras Históricas*, publicadas y anotadas por Alfredo Chavero. Editora Nacional. México, 1963, Tomo II, p. 206.

²⁴ Ob. cit. p. 231.

Por una parte tenemos la opinión de uno de los más distinguidos estudiosos de las instituciones jurídicas de nuestros antepasados: el profesor alemán J. Kohler, quien nos hace esta contundente afirmación:

"La normalidad legal del poder real tuvo su razón de ser en la segura influencia del sacerdocio y de los funcionarios nobles; por otra parte no había ninguna constitución que garantizara los derechos del pueblo, especialmente ninguna protección constitucional de la macehualli, de tercer estado; desde el punto de vista del derecho, la monarquía era absoluta, especialmente para el pueblo. Así llegó a suceder que entraban en las ciudades comisarios reales y forzaban a la gente pobre a comprender emigraciones colonizadoras." ²⁵

En cambio, Romerovargas Yturbe, al exaltar la portentosa cultura autóctona del pueblo tenochca, nos dice:

"Los nahuas eran sumamente celosos en el cumplimiento del deber, por lo que determinaron el estricto apego de todos los funcionarios, incluyendo a los soberanos, a la observación de sus leyes y costumbres, con relación a sus funciones. Por ello establecieron procedimientos rápidos y al alcance de todos, para evitar usurpaciones o abusos de poder, por medio del recurso de querja ante el tribunal del cihuacóatl, o directamente ante el tlatoani, quienes intervenían drásticamente para hacer resplandecer el orden y la justicia. De tal suerte quedaba garantizado el orden público y los derechos de la población contra abusos de autoridades subalternas, en un sistema constitucional eminentemente práctico y eficaz." ²⁶

Fernando de Alva Ixtlixóchitl se refiere de manera precisa a la severidad de la sanción que se aplicaba a quienes se excedían en el cobro del tributo: "Tenían pena de muerte los cobradores que cobraban más de lo que debían pagar los súbditos y vasallos" ²⁷

El análisis de estas autorizadas opiniones nos lleva a formular nuestro juicio personal.

Si examinamos lo expuesto por el profesor Kohler, encontramos que de manera expresa nos afirma la inexistencia de formas de con-

²⁵ Ob. cit. Boletín Jurídico Militar. Tomo XIV. Nos. 9 y 10. Septiembre-octubre 1948. p. 318.

²⁶ Ob. cit. pp. 395 y 396.

²⁷ Ob. cit. Tomo II, p. 193.

trol de los actos de autoridad en la organización jurídica nahuatlaca; sin embargo, su detallada exposición de las sanciones aplicables a los funcionarios del gobierno de la Triple Alianza que se excedían en el ejercicio de sus atribuciones, nos pone de manifiesto precisamente un régimen de autotutela en materia tributaria, como expresión auténtica del respeto que merecía al pueblo azteca el fiel cumplimiento de la función pública encomendada a los representantes del Estado.⁴¹

Por su parte, la opinión de Romerovargas Yturbe, precedentemente transcrita, refuerza nuestra convicción en el sentido de que la Confederación Nahuatlaca protegía aquellas normas de cultura sobre las cuales se sustentaba su organización política, económica, religiosa y social, mediante el establecimiento de sistemas de autodefensa cuyo objeto era lograr la constante e indeclinable aplicación de las categorías y principios conformativos del espíritu de un pueblo cuyos vestigios asoman como grandiosos exponentes de una fuerza creadora que lucha incesantemente por renacer en el alma de cada mexicano.

Por consiguiente, hemos de concluir la presente etapa de nuestro estudio afirmando que, de acuerdo con los datos recabados, la forma de solucionar los litigios en materia tributaria en este estadio de nuestra historia, fue eminentemente autodefensiva: por parte del Estado, como sujeto activo de la relación jurídico-tributaria, mediante el ejercicio de la facultad económico-coactiva, (según nos relata Torquemada, si el súbdito obligado a cubrir el tributo no tenía para pagar o si vencía su prórroga sin que cubriera el impuesto, era vendido como esclavo),⁴² o bien a través de fórmulas represivas que el propio Estado aplicaba a sus funcionarios cuando éstos rebasaban los límites de sus atribuciones,⁴³ y por parte del sujeto pasivo de la misma relación, mediante la rebelión de los pueblos vasallos que se negaban a seguir cubriendo las prestaciones impuestas por los funcionarios del gobierno de la Triple Alianza.⁴⁴

⁴¹ Es así como esta norma de cultura se encuentra tutelada por la norma sancionadora configurativa del tipo (*talhestand*) como esquema jurídico dentro del cual ha de subsumirse el hecho o situación específica y concreta, para atribuirle a su autor las consecuencias jurídicas (sanción) previstas por la propia regla secundaria en los casos de violación de la norma primaria o de cultura.

⁴² López Austin, Alfredo. *La Constitución Real de México-Tenochtitlán*. UNAM, México, 1961, p. 126.

⁴³ "Para los jueces que aceptaban regalos había la pena de muerte en casos graves y la destitución y trasquilamiento en los leves; el mismo castigo para la concusión (exceso en el cobro de contribuciones)." Kohler. *Op. cit.* *Boletín Jurídico Militar*, Tomo XV, Nos. 5 y 6. Mayo-junio 1949, p. 207.

⁴⁴ Cuando el pueblo rebelde era de nuevo sojuzgado, se le aumentaba el tributo.

EPOCA COLONIAL

"Cayó el rico imperio de Moctezuma, herido por la espada de un aventurero audaz e inteligente, y adueñáronse los españoles de inmensas posesiones en América, en medio del estruendoso rumor que levantaba la humanidad, en el siglo más glorioso y más fecundo en grandes acontecimientos que registra la Historia."

(Riva Palacio, Vicente. *México a través de los siglos*. Tomo II. Introducción.)

La Conquista

La cruz y la espada, símbolos de la dominación española, irrumpieron en las tierras de Anáhuac para sustituir la cultura aborigen por una nueva cultura que preciándose de ser más humana asoló, despoblándolos, inmensos señoríos donde la esclavitud y la muerte fueron el fruto de la desenfrenada ambición que privó entre los conquistadores iberos de América.

Las encomiendas o repartimientos constituían la retribución a que se hicieron acreedores los soldados y oficiales de Cortés, quienes aunar a su espíritu de aventura la más rica gama de apetitos terrenales intensificados en una sociedad que no les había abierto las puertas de la opulencia y el poder.

Valga, sin embargo, reconocer que no era éste el espíritu que prevalecía en los reyes de España, quienes a través de sus diversas cédulas, instrucciones, pragmáticas y ordenanzas, demostraban un profundo sentimiento humanístico y de protección hacia los naturales de las nuevas provincias; instrucciones éstas desviadas por sus propios representantes, quienes, en el mejor de los casos, solamente se limitaban a dictar en vía de ejecución, el consabido "deberá hacerse, pero no se cumplió".

La vida institucional de la Colonia se inicia, en el aspecto formal, con la erección del Ayuntamiento de la Villa Rica de la Veracruz, y es bajo los auspicios del mismo Cortés que nace el primer Ayuntamiento de América. De él emanan los cargos otorgados a Cortés como Capitán General, Alcalde y Justicia Mayor de la Nueva España.

Al consumarse la Conquista, Cortés, amo y señor, promulgó las primeras cédulas que contenían normas jurídicas tendientes a la estructuración política y administrativa de la Nueva España. Diéronles visos de legalidad los poderes que al efecto le había conferido el Ayuntamiento de la Villa Rica de la Veracruz, en el año de 1519.

Con la conquista de México se trasplanta a nuestro país la organización político-administrativa española, y el gobierno se ejerce por Ayuntamientos, corregidores, alcaldes y alguaciles. Son los alcaldes, primitivos jueces del solar español, quienes administran justicia en primera instancia, tanto en el orden civil como en el penal, y es Cortés, en los primeros tiempos, en su carácter de alcalde y justicia mayor, el supremo tribunal de apelación.

Lejano aún el día en que se proclamara como principio de organización política la división de poderes, respondía al absolutismo imperante en España una abierta confusión en el ejercicio de las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional.

La justicia se imparte en nombre del rey, quien trata, desde su lejano trono, de establecer concierto en sus nuevos dominios, de implantar la religión católica y de obtener fondos para las arcas de la real hacienda. Así se expiden, en sarragosa sucesión, las cédulas, pragmáticas, provisiones, cartas, ordenanzas, instrucciones, autos de gobierno y despachos, cuyo principal compilador, dicho sea de paso, fue el oidor don Vasco de Puga, autor del cedulaario que lleva su nombre.

Alcaldes ordinarios, corregidores y alcaldes mayores son las autoridades políticas, administrativas y judiciales en íntimo contacto con la población de la nascente colonia, y corresponde a los alguaciles mayores y menores la ejecución de sus decisiones.

Como máxima autoridad legislativa, política, administrativa y judicial con sede en la Nueva España, se crea por real cédula del emperador Carlos V, dada en Burgos el 13 de diciembre de 1527,⁴⁴ la *Primera Real Audiencia y Chancillería Real de la gran ciudad de Tenochtitlan, México*, integrada por cuatro oidores y un presidente, que fue el sanguinario Nuño de Guzmán.

La desacertada y arbitraria actuación de los miembros de la Primera Audiencia motivó la designación de una *Segunda Audiencia*, a

la cual se ordenó formar juicio de residencia a los anteriores oidores y a su presidente Nuño de Guzmán. Se nombró presidente de esta audiencia al obispo de Santo Domingo Sebastián Ramírez de Fuenleal, quien llegó a México el 23 de septiembre de 1531. Las ordenanzas para la nueva audiencia se dictaron en Madrid el 12 de julio de 1530 y aparecen compiladas a folios 37 al 45 del Cedulaario de Puga.

La justicia en el ámbito tributario

Los nuevos dominios han de transformarse en fuente de ingresos para la Corona y para los conquistadores. Cortés, tan hábil guerrero como buen político, reúne a los caciques y señores de Coyoacán con objeto de establecer a favor del rey de España la obligación de pagar los tributos, sustituyendo, en este orden, como sujetos activos de la relación jurídico-tributaria a los reyes de México, Texcoco y Tacuba.

Zorita, con la fluidez de su ágil pluma, nos coloca en el pórtico de esta nueva etapa de nuestra evolución histórica:

"... y vinieron los que pudieron, y juntos les dijo que ya no habían de acudir con los tributos al señor de México, ni al de Texcoco ni al de Tlacopan, como solían, sino al emperador, y en su nombre a aquellos españoles que allí estaban y a él... y repartió la tierra entre sí y los que con él estaban, sin dar orden, en qué, ni cuánto ni cuándo habían de tributar; y cada uno se concertaba con el señor y principales del pueblo que le habían encomendado sobre lo que le habían de dar cada ochenta días; y algunos de ellos, aunque pocos, acudieron al capitán para que confirmase el concierto, y su boca y codicia era medida y tasa de todo lo que podían sacar de tributos y servicios personales y esclavos, no teniendo respeto a si podían o no podían..."⁴⁵

La determinante influencia que en el proceso socio-económico de estructuración patria tuvo la inhumana y desorbitada tributación exigida por los españoles se desprende de la relación que al respecto nos hace Zorita en forma por demás eruda y patética:

"Hatos destruido y los ha consumido y consume los grandes y desordenados tributos que han dado y dan, y con el gran temor que tenían a los españoles dábanles cuanto tenían; y como los tributos eran excesivos y continuos, para cumplirlos ven-

⁴⁴ Cedulaario de Puga, folios 12 vuelta y 13 frente.

⁴⁵ Ob. cit. pp. 130 y 131.

dían las tierras que tenían, a menos precio, y los hijos por esclavos; y faltado de qué cumplir el tributo, muchos murieron por ello en prisiones, y si escapaban de ellas salían tales que desde a pocos días morían. Otros murieron en tormentos porque dijeron dónde había oro y dónde lo tenían, y en todo les trataban bestialmente y sin términos de razón".⁴⁷

Esta situación determinó que tanto la audiencia como los reyes de España se preocuparan por remediar tal estado de cosas, pero pese a la buena intención de las medidas tomadas con tal objeto, frente a las cuales constituía un valladar insuperable la desenfrenada ambición de los encomenderos, no logró alterarse en lo sustancial la deplorable condición de los naturales de nuestra patria. Dejémosle nuevamente la palabra a Zorita:

"De pocos años a esta parte se ha usado y se usa que los encomenderos alegan y dicen que sus indios les pueden pagar más tributos que les pagan, porque es mucha la gente: dase provisión para que los vayan a contar, y va la persona que la audiencia nombra, y el encomendero tiene modos y maneras para que se nombre quien él quiere, y si no se nombra o no le contenta el nombrado, procura con los indios que lo recusen y se los aconseja él u otro por él... Acabada la cuenta del pueblo, tráese a la audiencia, y tábase, y acuden los indios a decir que la cuenta no está buena, y a pedir que les desagraven, porque el tributo que les han impuesto es excesivo; dase traslado al encomendero, dura el pleito un año o medio, o más o menos..."⁴⁸

Podemos considerar que este procedimiento de impugnación del tributo, a cuyas particularidades nos remonta Zorita, es el antecedente remoto del actual contencioso-tributario. A tal convicción nos lleva, además, la lectura de la Ley XXXVI, Título V, Libro VI, de la *Recopilación de Indias*, en la cual encontramos, aunque fuese para darle visos de legalidad a aquel orden injusto, la consagración, entre otros, del principio *audiatur et altera pars*:

"En las comisiones que se dieren a los que fueren a tasar tributos, máuese notificar a las partes, así Encomenderos, como Indios, que en el término asignado hagan sus probanzas de lo

que les conviniere, con aperebimiento, que si se apelare de los tasadores, se ha de determinar por ellas, sin hacer mas probanzas ninguna de las partes, y así se guarde, y cumpla." ⁴⁹

Las cargas tributarias

Nace la potestad tributaria como un derecho derivado de la *buia inter castera* de Alejandro VI, de 4 de mayo de 1493. Había dicho el Papa que:

"... todas las islas, y tierras firmes, halladas, y que se hallaren descubiertas, y que se descubrieren hacia el Occidente, y Mediodía, fabricando, y componiendo una línea del Polo Artico, que es el Septentrion, al Polo Antartico, que es el Mediodía ora se ayan hallado Islas, y tierras firmes, ora se ayan de hallar hacia la India, o hacia otra qualquiera parte, la qual línea diste de cada una de las Islas, que vulgamente dicen de los Azores, y Cabo Verde, cien leguas hacia el Occidente y Mediodía... por la Autoridad del Omnipotente Dios, a Nos en San Pedro concedida, y del Vicariato de Jesucristo, que exercemos en las tierras, con todos los Señores de ellas, Ciudades, Fuerzas, Lugares, Villas, Derechos, Jurisdicciones, y todas sus pertenencias, por el tenor de las presentes, las damos, concedemos, y asignamos perpetuamente a Vos, y a los Reyes de Castilla, y de Leon vuestros herederos, y sucesores: Y haremos, constituimos, y deputamos a Vos, y a los dichos vuestros herederos, y sucesores Señores de ellas con libre, lleno, y absoluto poder, autoridad, y jurisdiccion..."⁵⁰

Sirve este decreto para apoyar el derecho de los reyes de España sobre las nuevas tierras descubiertas y conquistadas; y por si ello no fuera suficiente se hace valer, además, en el aspecto tributario, la expresa renuncia que hizo a sus dominios el supersticioso Moctezuma. ¡Quién iba a pensar que tres siglos más tarde Fernando VII adoptaría la misma actitud frente a la Corona real de Francia!

"Es singularísimo el derecho que al distinguido imperio de esta Nueva España dió a sus magestades católicas la voluntaria de-

⁴⁷ Sobre este mismo tópico, las leyes L y LVI, Título V, Libro VI, de la propia *Recopilación de Leyes de Indias*.

⁴⁸ Solórzano Pereyra, Juan de. *Política Indiana*. Madrid, 1736. Libro I, cap. X, p. 42.

⁴⁹ Ob. cit. p. 137.

⁴⁸ Ibidem. pp. 151 y 152.

mision, que en concurso de los grandes de su corte los hizo el emperador Moctezuma de todos los países que le reconocían por monarca, promulgando que tuviesen perpetuamente por señores naturales y soberanos suyos á los grandes reyes de Castilla, prestándoles la misma obediencia, servicios y tributos con que á él le habían reconocido antes, y siéndole en todo vasallos como él mismo lo era de de aquel tiempo, cuyo reconocimiento, aceptado ya por los mismos grandes en todas sus partes, le autorizó en forma un escribano público en presencia de muchos testigos españoles é indios, y le corroboraron el propio príncipe y ellos, sirviendo desde luego al señor rey D. Carlos I con más de cien mil pesos que le tributaron en oro plata y piedras preciosas, los que agregados á los derechos de quintos perteneciente á la corona por otros títulos, reinitió á S.M. el esclarecido D. Fernando Cortés en los términos y forma que consta de sus cartas originales, donde podrán verse por menor desde el año de 1521: que fué la época de agregación de estos dominios á los de Castilla".¹¹

Los ingresos del erario se clasificaban en tres grupos, a saber: la meta común de real hacienda, que comprendía, entre otros, los tributos, alcabalas, almojarifazgo, derechos del quinto, juegos de gallos, media anata, oficios vendibles y renunciabiles, papel sellado; en suma: treinta y cinco clases distintas de impuestos, derechos y aprovechamientos; los que tenían un destino especial: penas de cámara, bulas de la santa cruzada, diezmos eclesiásticos, vacantes mayores y menores y medias anatas y masas eclesiásticas; y por último, los ramos que se consideraban ajenos a la hacienda real, eran, amén de otros: el fondo piadoso de Californias, hospital real de indios, desagüe de Huehuetoca, peaje, impuesto de pulques para crimen y acordada y banco nacional.

La audiencia

Existía una primaria división de funciones entre la audiencia y el virrey. Correspondía a éste el conocimiento de las materias de gobierno (función administrativa) y a la audiencia los negocios de justicia (función jurisdiccional).

Confirma esta separación de atribuciones la Ley XXXII, título XV del Libro II de la *Recopilación de Indias*, por la que se declara que los virreyes de Lima y México no tienen voto en las materias de justicia,

¹¹ Foncuba y Heredia. *Historia General de Real Hacienda*. Impresa por Vicente G. Torres. México. 1845. Tomo I. pp. 411 y 412.

y se les ordena que dejen la administración de ellas a los oidores de las reales audiencias, "para que la administren en la forma que los de nuestras Reales Audiencias y Chancillerías de Valladolid y Granada, conforme á las leyes de este título; y en los negocios de justicia, que los Oidores proveyeren, despacharen y sentenciaren, firmen los Virreyes con ellos en el lugar que los Presidentes de las Audiencias de estos Reynos de Castilla." Asimismo, a los presidentes de las Audiencias se les prohibía votar en la ejecución de aquellas causas o juicios contentiosos que tuvieran su origen en las cédulas reales enviadas a las propias audiencias.¹²

Como tribunal de apelación la audiencia conocía "en causas de ordenanzas, hasta en cantidad de cinco mil maravedís".¹³

El criterio judicialista que prevalecía en el espíritu español de los siglos XVI a XVIII se reflejó en la organización política y administrativa de la Nueva España. En ello hace hincapié Toribio Esquivel Obregón cuando expone que "la forma predominante en toda la organización colonial fué la judicial..."¹⁴

Era, pues, la audiencia, en el aspecto jurisdiccional, el tribunal de apelación, pues conocía de las impugnaciones contra los fallos de los gobernadores, corregidores y alcaldes, dictados en los negocios contentiosos; y en el ámbito administrativo conocía en alzada de las resoluciones que en asuntos de gobierno pronunciaban los virreyes:

"... Y asimesmo mandamos que vengan las apelaciones que de vos los dichos Gobernadores y justicias se interpusieren a la dicha nuestra audiencia real, segun y como viene en estos nuestros reynos a las nuestras audiencias de Valladolid y Granada..."¹⁵

Tenían las audiencias a su cargo el gobierno de sus respectivos territorios cuando por cualquier causa llegaba a quedar vacante el cargo de virrey.¹⁶

Inicialmente contaba la Audiencia de la Nueva España con un Procurador Fiscal, según puede verse en las Ordenanzas de Audiencias expedidas en Madrid en 20 de abril de 1528, en las cuales se le orde-

¹² *Recopilación de Indias*. Ley XXXII. Título XV. Libro II.

¹³ *Ibidem*. Ley XV. Título XII. Libro V.

¹⁴ Ob. cit. Tomo II. p. 150.

¹⁵ Real Cédula dada en Burgos el 13 de diciembre de 1527 por el Emperador Carlos V. Cédulaón de Puca. fol. 12 vrs. y 13 fr.

¹⁶ *Recopilación de Indias*. Ley LVII. Título XV. Libro II: "Que saltado Virrey, ó Presidente gobiernen las Audiencias, y el Oidor mas antiguo substituya el cargo de Presidente y se guarde lo mismo grande Capitan General."

na que "...no pueda ser ni sea abogado ni de patrocinio en causas algunas civiles ni criminales en la nuestra corte y chancillería ni en la ciudad villa o lugar donde estuviere ni en otra parte alguna, salvo por nos y en las nuestras causas fiscales..."¹⁷

"I ERegidas, y ordenadas en el modo que se ha dicho, las Audiencias de las Indias, pareció también poner en ellas, á imitación de las de España, Procuradores, o Abogados Fiscales particulares, que defendiesen el Derecho, y hacienda Real. Porque al principio no se nombraron; sino uno de los Oidores suplía por ellos, y ejercía este oficio, como consta de sus erecciones, y de algunas Cédulas antiguas..."¹⁸
 "Y este oficio de Fiscal, en quanto contiene la defensa de la hacienda Real, y la atención de como se administra, y reparte, según que se lo encarga en dichas Cédulas, y Ordenanzas, y en una Ley de la Recopilación, lo podemos tener, y juzgar por semejante del que ejercían en tiempo de los Romanos aquellos Ministros, ó Magistrados, que por ellos eran llamados *Procuradores Caesaris, ó Rationales*, de que hai títulos particulares en el Derecho. (c) Pero en quanto exercé, y debe tomar en sí la abogacía, y patrocinio de las causas, y pleytos, que activa, ó passivamente tocan al Fisco, que es en lo que principalmente consiste su cargo, y ministerio, como lo dicen las dichas Leyes, y Cédulas, se pueden mas propriamente equiparar á los Abogados del Fisco, los quales se dice, que quien primero los instituyó en Roma, fué el Emperador Adriano, como lo refiere Espartaco en su vida, y de ellos tambien hay títulos, y Leyes particulares en el Derecho Comun. (d) Y no lo olvidó el de nuestras Partidas, diciendo: *Patronus Fisci, tanto quiere decir en romance, como ome, que es puesto para razonar, é defender en juicio todas las cosas, y los Derechos, que pertenecen á la Camara del Rey.*"¹⁹

Posteriormente se designaron dos fiscales en cada una de las audiencias de Lima y México, uno para la atención de los negocios civiles y el otro para los penales.²⁰

¹⁷ Cedula de Pura, fol. 32.

¹⁸ Solórzano Pereyra, Juan de. Ob. cit. Tomo II p. 300.

¹⁹ Ibidem, pp. 300 y 301.

²⁰ Recopilación de Indias. Ley I. Título XVIII. Libro II. Yáñez Ruiz nos dice que habia tres fiscales: de lo civil, de lo criminal y de real hacienda. No hemos podido confirmarlo. El problema fiscal en las distintas etapas de nuestra organización política. Tomo I. p. 32.

Se les ordena legitimarse como partes en los pleitos de la hacienda real, "que en grado de apelación de los autos y procedimientos de los Oficiales Reales fueren á las Audiencias, hasta que sean fenecidos y executoriados, y lo provido sea llevado á debida execucion".²¹

La preferencia de los créditos fiscales debía hacerse valer por los propios fiscales, según se ordena en la Ley XV, Título XVIII, Libro II, de la Recopilación de Indias:

"Siempre que nuestra Real Hacienda fuere interesada en algun pleyto de acreedores, que pasare ante los Jueces Ordinarios por derecho, que nos pertenezca: Mandamos, que salga á él nuestro Fiscal, y que se le guarde el privilegio, que por derecho se le debe."

Tenían las audiencias un libro en el que se asentaban todos los negocios y pleitos de la real hacienda, el cual era revisado todos los jueves por la tarde por el oidor más antiguo, el fiscal y los oficiales de la real hacienda, en unión de uno de los escribanos,²² con el objeto de tomar los acuerdos pertinentes a la pronta y expedita resolución de esta clase de litigios, así como a la debida ejecución de las sentencias correspondientes, en los términos ordenados en las Leyes LXXVI y LXXVII, Título XV, Libro II, de la Recopilación de las Leyes de Indias.

"Los Virreyes, Presidentes y Audiencias tengan muy particular y continuo cuidado, que los pleytos Fiscales, y donde intervinere hacienda nuestra se sentencien, fenézcan y acaben, sin permitir, ni dar lugar á dilaciones, procurando que en todo lo que fuere justo y licito se beneficie y acreciente nuestro Real Patrimonio." (Ley LXXVII).

Cuando los fiscales recuaban a los presidentes, oidores o alcaldes, tenían obligación, como el particular constituido en parte, de hacer el depósito previsto por la Ley, "pero si el pleyto fuere sobre hacienda Real, es nuestra voluntad que le puedan hacer de cualquiera hacienda nuestra, que hubiere y estuviere en poder de los Oficiales Reales, á los quales ordenamos y mandamos, que den y paguen lo que fuere necesario para los depósitos, quando los Fiscales se lo ordenaren".²³

²¹ Recopilación de Indias, Ley XIII. Título XVIII. Libro II.

²² Junta de Real Hacienda.

²³ Recopilación de Leyes de Indias, Ley XXXXI. Título XVIII. Libro II.

La consolidación del poder por parte de España sobre las tierras conquistadas, la fundación de villas y ciudades y la necesidad de regular las relaciones sociales, económicas y culturales de los pobladores y habitantes de la Nueva España hizo materialmente imposible que un cuerpo colegiado como la audiencia pudiera resolver los ingentes problemas que se enmarcaban dentro de su potestad legislativa, administrativa y jurisdiccional.

La atención de las cosas de gobernación requería de un mando unipersonal y ello originó la institución del virreinato.

El 17 de abril de 1535 Carlos V otorga a don Antonio de Mendoza el título de Virrey de la Nueva España. En la real cédula expedida en Barcelona, se le comunica: "...por la presente vos nombramos por nuestro Visorrey y gobernador de la dicha nueva España y sus provincias por el tiempo que nuestra voluntad fuere..."⁸⁸ Y en la misma fecha lo designa Presidente de la Real Audiencia y Gobernador de la Nueva España, aclarándole respecto del primero de estos nombramientos: "...y porque vos no soys letrado, no aveyes de tener voto en las cosas de justicia..."⁸⁹

Al mismo tiempo comunicaba a los oidores: "...y he mandado a don Antonio de Mendoza, que vaya a esa tierra a nos servir en el dicho cargo de nuestro presidente de esa dicha audiencia y nuestro visorrey y gobernador de esa nueva España, como vereis por las provisiones y despachos, que de ello se han dado: y porque por no ser letrado no ha de tener voto en las cosas de justicia: vosotros tendreis mucho cuidado de administrar justicia con toda rectitud y diligencia como sois obligados, y de vosotros se confía, y en las cosas de gobernación que él quisiere comunicar con vosotros, siempre le aconsejareis, y auxiliareis como personas que tienen experiencia en las cosas de esa tierra, lo que vereis que más convenga al servicio de Dios nuestro Señor y nuestro y bien y población de ella, para que él pueda mejor acertar..."⁹⁰

El virrey era Superintendente General de Real Hacienda, lo que implicaba la obligación de vigilar por el fomento y buena administración de los fondos públicos. De estas funciones se le separó al entrar en vigor la Ordenanza de Intendentes de 4 de diciembre de 1786, pero se le restituyó en ellas por real orden de 14 de septiembre de 1788.⁹¹

⁸⁸ Cédulario de Puga, folios 98 y 99.

⁸⁹ *Ibidem*, folio 99 vuelta.

⁹⁰ *Ibidem*, folio 99 vuelta. El texto en la transcripción se ha actualizado, procurando que no pierda su sentido y acento sobre.

⁹¹ Esquivel Obregón, Toribio. Ob. cit. Tomo II, pp. 427 y 428.

La importancia que adquirió el tráfico marítimo originó el nacimiento de un tribunal especial cuyas funciones eran de tal relevancia que no puede escapar a nuestro estudio hacer, aunque sea en breve recorrido, un comentario especial al respecto.

La casa de Contratación de Sevilla tiene como fundamental atribución controlar tanto la navegación como el comercio entre España y sus nuevas colonias. Sus facultades son legislativas, administrativas y jurisdiccionales. Los reyes católicos establecen su sede en aquella ciudad por Real Ordenanza de 20 de enero de 1503,⁹² y no es sino hasta el año de 1717 cuando se traslada a Cádiz, por ordenarlo así la Real Cédula de 8 de mayo de ese mismo año.⁹³

Ningún barco que no fuera español podía comerciar con las Indias, y tanto el tráfico de mercancías como el de pasajeros estaba minuciosamente reglamentado.

Ello provocó que Francia e Inglaterra auspiciaran la piratería y el contrabando, protegidas y auxiliadas, en este último aspecto, por las propias autoridades de las colonias.

Anexa a la Casa de Contratación se crea, en 23 de agosto de 1543, la Universidad de Cargadores de las Indias, para conocer "de todas, y cualesquier diferencias, y pleytos que hubiere, y se ofrecieren sobre cosas tocantes y dependientes á las mercaderías que se llevaren ó enviaren á las Indias, y se traxeren de ellas, y entre Mercader, y Mercader, y Compañía, y Factores: así sobre compras, y ventas, y cambios, y seguros, y cuentas, y compañías, que hayan tenido, y tengan, como sobre fletamientos de Navios, y Factorías, que los dichos Mercaderes, y cada uno de ellos, hubieren dado á sus Factores, así en estos Reynos, como en las Indias, y sobre todas las otras cosas que acaecieren, y se ofrecieren, tocantes al trato, comercio, y mercaderías de las Indias, para que lo oyan, libren, y determinen breve, y sumariamente, según estilo de Mercaderes, sin dar lugar á dilaciones".⁹⁴

Posteriormente, en el año de 1592, según opinión de Toribio Esquivel Obregón,⁹⁵ se crea el Consulado de México, por real cédula dictada por Felipe II; sin embargo, es evidente la existencia del Consulado con anterioridad a aquella fecha:

"Por quanto los Virreyes de el Perú, y Nueva España, en virtud

⁹² *Recopilación de Indias*. Ley I. Título I. Libro VIIII.

⁹³ Esquivel Obregón, Toribio. Ob. cit. Tomo II, p. 152.

⁹⁴ *Recopilación de Indias*. Ley XXII. Título VI. Libro VIIII.

⁹⁵ Ob. cit. Tomo II, p. 496.

de facultad nuestra fundaron Consulados de Mercaderes en las Ciudades de Lima, y México, á imitación de los de Sevilla, y Burgos: Nos, considerando quanto conviene á nuestro Real Servicio, y bien comun, y universal de las Indias, y estos Reynos, conservar el comercio, y trato con ellas, y el gran beneficio, y utilidad que se ha experimentado en estos Consulados, y Universidades de Mercaderes, de regirse, y administrarse por sus Prioros, y Cónsules, aprobamos y confirmamos las erecciones, y fundaciones de los dichos Consulados de Lima, y México. Y mandamos que se conserven, y continúen, como ahora están fundados,..."⁸⁸

Mantilla Molina hace remontar la existencia del Consulado al año de 1581.⁸⁹

La competencia de la Casa de Contratación de Sevilla eran en grado de primera instancia, y el Consejo de Indias conocía en apelación de los negocios que en lo civil pasaban de seiscientos mil maravedís, y en materia penal de sentencias que imponían las penas de muerte, mutilación, vergüenza pública o comiso.

Correspondía al Presidente de dicho cuerpo colegiado la vigilancia de la Real Hacienda, y es por real cédula dada por Felipe II en el Escorial el 10 de noviembre de 1593, que se contiene en la Ley VII, Título III, Libro IX, de la *Recopilación de Indias*, donde se ordena a los jueces letrados de la Casa de Contratación, que "no admitan demandas contra nuestra Real hacienda, ni de la Avería, si las partes no hubieren presentado primero los recaudos, é instrumentos en que se fundaren, ante el Presidente, y Jueces Oficiales, y prelado libranza, y entendido por los Jueces Letrados lo que se hubiese respondido a los Pedimentos".⁹⁰

El Consejo Real y Supremo de Indias

El conocimiento de los asuntos de Indias como órgano consultivo del rey y como supremo tribunal de apelación, se atribuyó inicialmente a un grupo especial del Consejo de Castilla, y es hasta el año de 1524, el 1º de agosto, cuando se establece en forma independiente lo que fuera, después del rey, la máxima autoridad política, administrativa, legislativa y judicial de la Nueva España: El Consejo Real y Supremo de Indias.

⁸⁸ *Recopilación de Indias*. Ley I. Título I. Libro VIIII.

⁸⁹ *Derecho Mercantil*. Cuarta edición. México, 1959. p. 11.

⁹⁰ Sobre este particular hace expresa referencia Esquivel Obregón. *Ob. cit.* Tomo II, p. 131.

"Era pues, el Consejo de éstas, el Cuerpo Legislativo donde se formaban las leyes que habían de regir en aquellos vastos dominios... el tribunal superior donde terminaban todos los pleitos que por su cuantía eran susceptibles de este último recurso: y por último, el cuerpo Consultivo del Gobierno en todos los casos graves en que jugaba oportuno oír su opinión."⁹¹

Contaba el Consejo con un Presidente, con el Gran Canciller de las Indias, "que ha de ser también Consejero", y con "los Consejeros Letrados, que la ocurrencia y la necesidad de los negocios demandaren, que por ahora sean ocho: Un Fiscal, dos Secretarios, un Teniente de Gran Canciller, "que todos sean personas aprobadas en costumbres, nobleza y limpieza de linaje, temerosos de Dios, y escogidos en letras y prudencia", tres Relatores y un Escribano de Cámara de Justicia, "expertos y diligentes en sus oficios, y de la fidelidad que se requiere", cuatro Contadores de Cuentas "hábles y suficientes", un Tesorero General, dos Solicitadores Fiscales, un Cronista Mayor y Cosmógrafo, un Cateórico de Matemáticas, un Torador de los procesos, un Abogado, un Procurador de pobres, un Capellán "que diga misa al Consejo en los días de él", cuatro Porteros y un Alguacil "los cuales todos sean de la habilidad y suficiencia, que se requiere; y antes de ser admitidos á sus oficios, hagan juramento de que los usarán bien y fielmente, y guardarán las ordenanzas de el Consejo, hechas, y que se hicieren, y el secreto de él".⁹²

En los títulos segundo á catorce del libro segundo de la *Recopilación de las Leyes de Indias*, se contienen las leyes, provisiones, cédulas y ordenanzas atinentes a las atribuciones del Consejo de Indias y de sus miembros, así como a las formas y ritos del procedimiento, propios del formalismo de aquella época.

Tenía el consejo la "suprema jurisdicción de las Indias" y entre sus más importantes funciones encontramos la de proveer a la conversión y buen tratamiento de los indios:

"Por lo que deseamos favorecer y hacer bien á los indios naturales de nuestras Indias, sentimos mucha cualquier daño, ó mal que se les haga, y de ello nos duelemos, por lo qual encargamos y mandamos á los de nuestro Consejo de las Indias, que con particular afeto y cuidado procuren siempre, y provean lo que convenga para la conversión y buen tratamiento de los Indios, de forma, que en sus personas y haciendas no se les haga mal tratamiento, ni daño alguno, antes en todo sean

⁹¹ Vélez Ruiz, Manuel. *Ob. cit.* Título I, p. 10.

⁹² *Recopilación de Indias*. Ley I. Título II. Libro II.

tratados, mirados y favorecidos como vasallos nuestros, castigando con rigor á los que lo contrario hicieren, para que con esto los Indios entiendan la merced que les deseamos hacer, y conozcan que habernos puesto Dios debaxo de nuestra protección y amparo, ha sido por bien suyo, y para sacarlos de la tiranía y servidumbre en que antiguamente vivían."⁹⁸

No obstante el humanismo que impera en la legislación de Indias, es de sobra conocido el divorcio entre la buena intención de los reyes de España y la vida misma de la Colonia, donde la desmedida ambición de funcionarios y aventureros españoles diezmaba, con su trato brutal e inmisericorde, a la sufrida población indígena.

A través de los juicios de residencia y de las visitas, determinaba e inscribía las responsabilidades de virreyes, presidentes, oidores, alcaldes del crimen, fiscales de las audiencias y gobernadores de las provincias principales, debiendo consultar previamente con el rey en el caso de que "resulte haber contra ellos, ó alguno de ellos condenación de pena corporal, ó de privación de oficio, ó de suspensión de él... para que Nos lo sepamos, y podamos mandar y proveer lo que mas convenga".⁹⁹ Respecto de los funcionarios de menor jerarquía conocía y resolvía en segunda instancia, sin necesidad de previa consulta al rey, salvo los casos en que el propio Consejo lo estimaba pertinente.

Conocía, también, en última instancia, de los llamados recursos de fuerza, esto es, de las cuestiones de competencia entre la justicia eclesiástica y la secular.

Respecto de la Casa de Contratación de Sevilla, era tribunal de segunda instancia, pues conocía en apelación de los pleitos civiles de su competencia cuya cuantía fuese de seiscientos mil maravedís en adelante, "si todas las partes litigantes lo consintieren por auto ante el Escribano de la causa".¹⁰⁰

El recurso de segunda suplicación se admitía ante el Consejo en negocios "de tanta cantidad, ó importancia, que el valor de la propiedad sea de seis mil pesos ensayados de á quatrocientos y cincuenta maravedís cada uno, ó mas".¹⁰¹

Como la jurisdicción del Consejo abarcaba segundas instancias de los juicios que se iniciaban en Indias, o en asuntos que a ellas atañían, y esa jurisdicción era tanto civil como criminal, había casos en que se requería la aplicación de la pena de muerte o la de mutilación,

en que, conforme a los cánones, no podían intervenir los clérigos miembros del Consejo, el rey tuvo que acudir al papa para que les otorgara la necesaria licencia.¹⁰²

En el aspecto tributario, el Consejo tenía la facultad de nombrar Ministros y Oficiales encargados de la administración de la Real Hacienda "de quien se puede confiar que será acrecentada, y que habrá en ella el buen recaudo, seguridad y guarda, que conviene".¹⁰³

El Fiscal del Consejo era, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, el representante legal del Estado en todo lo relativo al gobierno de las Indias:

"El Fiscal de nuestro Consejo de Indias, demas de la obligacion y cargo, que por razon de su oficio tiene de defender, ó pedir lo tocante á nuestra jurisdiccion, Patrimonio y hacienda Real, tenga particular cuenta y cuidado de inquirir y saber como se cumple y guarda lo que por Nos está proveído y ordenado para la buena gubernacion de las Indias, y pedir que se guarde y execute, dándonos aviso en nuestro Consejo quando no se hiere, especialmente lo que fuere en favor de los Indios, de cuya proteccion y amparo, como de personas pobres y miserables, se tenga por muy encargado, y con grande vigilancia y cuidado pida y solicite siempre lo que para el bien de ellos convenga".¹⁰⁴

Tenían preferencia en su trámite y resolución los procesos contenciosos-tributarios, y de ello nos dan testimonio las Leyes II y VI del Título V, Libro II, de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*.

La primera de estas leyes encargaba al fiscal del Consejo de vigilar que ministros, oficiales y escribanos de la Casa de Contratación de Sevilla asistieran con puntualidad "al breve y buen despacho de los pleytos y negocios tocantes á nuestro Fisco, y Real hacienda, que ante ellos pendieren y se trataran, de forma que sean preferidos á otros particulares qualesquier, que en la dicha Casa se siguieren..."; y la segunda, le imponía la obligación de no dilatar los litigios fiscales: "Ordenamos al Fiscal, que no dilate los pleytos en que el Fisco fuere reo, ni detenga los procesos de ellos,"¹⁰⁵ y para que las notificaciones de

⁹⁸ *Recopilación de Indias*, Ley IX, Título II, Libro II.

⁹⁹ *Ibidem*, Ley LXIV, Título II, Libro II.

¹⁰⁰ *Recopilación de Indias*, Ley I, Título XII, Libro V.

¹⁰¹ *Ibidem*, Ley I, Título XIII, Libro V.

¹⁰² Equivocal Obregón, Toribio, *Ob. cit.* Tomo II, pp. 157 y 158.

¹⁰³ *Recopilación de Indias*, Ley XXXIII, Título II, Libro II.

¹⁰⁴ *Recopilación de Indias*, Ley I, Título V, Libro II.

¹⁰⁵ ¿No encontramos ya aquí el germen de aquella distinción que siglos más tarde nos hace Casenado, entre litigio y proceso?

peticiones, y otros autos, que se le hicieren, se tengan por hechas, hasta haberle dado traslado de ellas, ó llevándole el proceso, constando de ello por testimonio de Escribano, sin ser necesario que ponga de su mano, que se las da por notificadas."

Los solicitadores fiscales eran los auxiliares del Fiscal del Consejo, uno para los negocios de las provincias del Perú, y el otro para los de la Nueva España.

Los lunes de cada semana tenía el fiscal obligación de relatar los pleitos fiscales pendientes, para lo cual llevaba en un libro memoria de los mismos.

Cuando el fiscal recusaba no era necesario que constituyera depósito alguno para responder de la pena que llegare a imponérsele al declararse infundada la recusación, pues le bastaba con señalar como depositario al Receptor de Penas de Cámara del propio Consejo.¹⁶⁴

Por cuanto a las atribuciones del Consejo, se resumen en la Ley II del Título II, Libro II de la *Recopilación de Indias*, a saber:

"Porque los del nuestro Consejo de las Indias con mas poder y autoridad nos sirvan y ayuden á cumplir con la obligacion que tenemos al bien de tan grandes Reynos y Señoríos: Es nuestra merced y voluntad, que el dicho Consejo tenga la jurisdiccion suprema de todas nuestras Indias Occidentales, descubiertas, y que se descubrieren, y de los negocios, que de ellas resultaren y dependieren, y para la buena gobernacion y administracion de justicia pueda ordenar y hacer con consulta nuestra las Leyes, Pragmáticas, Ordenanzas y Provisiones generales y particulares, que por tiempo para el bien de aquellas Provincias convinieren: y asimismo ver y examinar, para que Nos las aprobemos y mandemos guardar qualesquier Ordenanzas, Constituciones y otros Estatutos que hicieren los Prelados, Capítulos, Cabildos y Conventos de las Religiones, y nuestros Virreyes, Audiencias, Concejos y otras Comunidades de las Indias, en las quales, y en todos los denias Reynos y Señoríos en las cosas y negocios de Indias, y dependientes de ellas, el dicho nuestro Consejo sea obedecido y acatado, así como lo son el Consejo de Castilla, y los otros nuestros Consejos en lo que les pertenece, y que sus Provisiones y Mandamientos sean en todo y por todo cumplidos y obedecidos en todas partes, y en estos Reynos y en aquellos, y por todas y qualesquier personas."

Ordenanza de intendentes

En las postrimerías del gobierno colonial y contra la opinión del virrey Bucareli, se expidió la *Real Ordenanza para el Establecimiento é Instruccion de Intendentes de Eñeros y Provincia en el Reino de la Nueva España*, de 4 de diciembre de 1766, por la que se cambió el sistema político-administrativo de la Nueva España. Se crean doce intendencias cuyos titulares —los intendentes— así como sus asesores o tenientes letrados y subdelegados conocían de las causas de justicia, de policía, de hacienda y de guerra. En el aspecto hacendario dependían directamente del Superintendente Subdelegado de la Real Hacienda, el cual, a su vez, era Presidente de la Junta Superior de Real Hacienda, tribunal superior de apelación en materia tributaria, según lo establecía el artículo 78 de la Ordenanza:

"Por lo que toca al ejercicio de la jurisdiccion contenciosa en los expedientes y negocios de mis Rentas deberán los Intendentes conocer privativamente, y con absoluta inhibicion de todos los Magistrados, Tribunales y Audiencias de aquel Reino, á excepcion solo de la Junta Superior de Hacienda; y tambien actuarán todas las causas en que tuviere algun interes ó perjuicio mi Real Erario, ó que toquen á qualesquiera ramos y derechos suyos que estén en administracion ó arrendamiento, así en lo respectivo á las cobranzas, como en todas sus incidencias; de modo que ninguno de los Intendentes, incluso el de México por lo respectivo á su Provincia, admitirá á las partes recurso ni apelacion que no sea para la expresada Junta Superior en los casos y cosas que haya lugar, así como ésta no pedrá hacerlo de sus resoluciones sino para mi Real Persona por la Vía reservada de Indias; advirtiéndose que el Superintendente Subdelegado no ha de asistir quando en dicha Junta se trate de apelacion de providencia que él haya dado como Intendente de la Provincia de su inmediato cargo, ni tampoco el Asesor de la Superintendencia si hubiere sido pronunciada con su acuerdo; y que en tales casos concurre á la misma Junta otro Ministro del Tribunal de la Contaduría de Cuentas."

El artículo 79 de la misma Ordenanza reitera á los intendentes la atribución de la jurisdiccion contenciosa en primera instancia, en los litigios relativos a las *Rentas del Tabaco, Alcabalas y Pulques, Pólvera y Naipes*.

Concurrente a la implantación del nuevo orden administrativo es la supresión de los corregimientos y alcalalías mayores "conforme vayan va-

cando, ó cumpliendo su tiempo los provistos por Mí..."¹⁰³

Aun cuando inicialmente, como antes se dijo, se separó el cargo de Superintendente Subdelegado de la Real Hacienda de las funciones del Virrey, ello fue por corto tiempo en atención a los inconvenientes que implicaba el restarle su tradicional jerarquía a la primera autoridad política de la Nueva España.

Colofón

Heimos apuntado, bien sea en forma somera, algunas de las características específicas del contencioso-tributario en la época colonial; lamentamos que las limitaciones de este trabajo nos impidan el estudio pormenorizado de cada uno de los tribunales que conocían, ya en forma incidental, bien de manera principal, de los litigios entre el fisco y los particulares; tribunales éstos cuyas atribuciones no correspondían a una diferenciada organización judicial, pues la mezcla de funciones administrativas y jurisdiccionales nos coloca en la presencia de órganos unipersonales o colegiados que fungían como autoridades administrativas y judiciales. Sin embargo, es de observarse la atención puesta por los reyes de España en cuidar de su imparcialidad en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional. Así, Toribio Esquivel Obregón, al comentar la Ordenanza de Intendentes, nos refiere: "Los intendentes conocían de las causas en que se trataba de percepciones fiscales, y en las poblaciones fuera de su residencia debían de nombrar subdelegados; pero la ley exigía que tal cargo no recayera en los gobernadores, alcaldes ni menos en Ministros Contadores o Tesoreros, pues éstos era de suponerse estaban animados por lo que después se ha llamado *críterio fiscal*, sino 'en personas particulares de la mejor nota y necesarias circunstancias'..."¹⁰⁴

Bástenos el examen de la *Recopilación de Indias* y del Cedulaire de Puga, aún de las invaluable relaciones crónicas de Solórzano Percyra en su *Pollitica Indiana*, para percatarnos de la existencia, durante la época colonial, de un verdadero contencioso tributario. Por ello afirmamos la presencia del proceso en aquella etapa de nuestro devenir histórico, como forma heterocompositiva de solución de los litigios fiscales; en la inteligencia de que el fisco podía legitimarse en el proceso bien fuera activa o pasivamente. (*Supra*, p. 44).

¹⁰³ Artículo 9 de la Ordenanza de Intendentes.

¹⁰⁴ *Historia del Derecho en México*. Tomo II, p. 542. El comentario peca de exageración, pues la norma prohibitiva no comprendía a los gobernadores, según puede leerse en el artículo 77 de la Ordenanza de Intendentes. Por otra parte, la transcripción correcta del párrafo entrecomillado por Toribio Esquivel Obregón es la siguiente: "pues ha de confiarse á personas particulares de la mejor nota y necesarias circunstancias..."

MÉXICO INDEPENDIENTE

"Desde el feliz momento en que la valerosa Nación Americana, tomó las armas para sacudir el pesado yugo que por espacio de tres siglos la tenían oprimida, uno de sus principales objetos fue extinguir tantas gabelas con que no podía adelantar su fortuna."

Miguel Hidalgo y Costilla *

La Independencia

Tres siglos habían transcurrido desde que Cortés desembarcara en las costas de Veracruz; tres siglos de opresión y vasallaje, durante los cuales, del choque y fusión de dos culturas, nace una nueva estructura étnica, económica, política y social que viene a integrar la patria mexicana.

La profunda convulsión que produjo en el mundo del siglo XIX la Revolución Francesa, los principios filosóficos del enciclopedismo, la sujeción de España al dominio francés y la independencia de las colonias inglesas de América, fueron factores que se aunaron al despertar de un pueblo ávido de libertad.

Iniábase el movimiento armado con el grito libertario que lanzara don Miguel Hidalgo, en Dolores, el 15 de septiembre de 1810 y concluye con el acta de Independencia de 28 de septiembre de 1821.

Durante este periodo de once años concurren, en el ejercicio del poder público, el gobierno virreinal y el insurgente, con predominio, casi total, del primero. Sólo la fe y el acendrado patriotismo de hombres como don José María Morelos y Pavón y don Vicente Guerrero pudieron mantener la llama que encendiera nuestro gran predilectado.

Ahora analizaremos las más importantes normas jurídicas que a partir de 1810 se sucedieron con relevancia en el ámbito contencioso-tributario.

* Bando de Hidalgo. Guadalajara, 6 de diciembre de 1810.

Bando de Hidalgo

El 6 de diciembre de 1810, don Miguel Hidalgo promulga en Guadalajara un esbozo de programa político-social, en el que destacan como puntos culminantes la abolición de la esclavitud y la liberación del pago de tributos a todas las castas que los soportaban, así como de toda exacción a los indios que los sufrían.

*Constitución de Apatzingán*¹⁰⁷

La opresión económica a que estaban sujetos los naturales del país por parte del gobierno español tenía su origen en el régimen fiscal, caracterizado por la profusión de impuestos, derechos, gabelas, alcabalas, tributos, diezmos y demás contribuciones que hemos dejado especificados en páginas anteriores. Ello explica que de cuestión tan importante se ocuparan los primeros instrumentos jurídico-políticos de liberación, como el ya comentado *Bando de Hidalgo* y *Los Sentimientos de la Nación* de don José María Morelos y Pavón:

"Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian, y se señale a cada individuo un cinco por ciento en sus ganancias, u otra carga igual ligera, que no oprima tanto, como la alcabala, el estanco, el tributo y otros, pues con esta corta contribución, y la buena administración de los bienes confiscados al enemigo, podrá llevarse el peso de la guerra, y honorarios de empleados."¹⁰⁸ bis

En la Constitución de Apatzingán se atribuye la administración de la hacienda pública a una intendencia general, que se integra con un fiscal, un asesor letrado, un secretario, dos ministros y el jefe principal, quien recibe el nombre de intendente general. Se establecen intendencias de provincia subordinadas a la intendencia general.

La solución de los litigios de naturaleza tributaria se encomienda a los Intendentes, quienes deberían aplicar las disposiciones contenidas en la antigua Ordenanza de Intendentes.

"Art. 210. Los intendentes ceñirán su inspección al ramo de

¹⁰⁷ "La Carta de Apatzingán cumple en la historia de México precisamente el papel de fundar al Estado y es, por ello, nuestra Constitución Constituyente". González Avellar, Miguel. *La Constitución de Apatzingán y otros estudios*. México, 1971. p. 46.

¹⁰⁸ Punto 22º de *Los Sentimientos de la Nación*.

Hacienda, y sólo podrán administrar justicia en el caso de estar desembarazadas del enemigo las capitales de sus provincias, sujetándose a los términos de la antigua ordenanza que regía en la materia."

Constitución Española de Cádiz

La Constitución de Cádiz, como es bien sabido, tuvo vigencia en México a la vez que en España, en tanto duró el movimiento de Independencia.

En relación con nuestro estudio hemos de mencionar la creación del Consejo de Estado, que a diferencia de la Constitución de Bayona no señala el procedimiento a seguir en la materia contencioso-administrativa.¹⁰⁹

En el aspecto tributario es digna de especial referencia la disposición contenida en el artículo 353, a saber: "El manejo de la hacienda pública estará siempre independiente de toda otra autoridad que aquella a la que está encomendado." Déjase ver aquí la influencia del pensamiento francés, por cuanto precisamente, en atención al principio de división de poderes, que ya señala en esta Constitución, se trata de evitar la interferencia del poder judicial en los actos de la administración.

Disposiciones secundarias atinentes al Contencioso-Tributario durante la Guerra de Independencia

Con fecha 9 de octubre de 1812, las Cortes Generales y Extraordinarias expiden el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, en el que se dispone la subsistencia de los Juzgados de Hacienda Pública, lo que implica la existencia de un contencioso-tributario dentro de la esfera del poder judicial.

"...CAPÍTULO II.— De los Jueces letrados de partido.

XXXII.—No debiendo haber, según lo dispuesto en la Constitución más fueros privilegios que el eclesiástico y militar, cesarán en el ejercicio de jurisdicción todos los demás jueces privativos de cualquiera clase, y cuantos negocios civiles y

¹⁰⁹ Caballero Montes, José María. *Tratado sobre lo Contencioso-Administrativo*, cita de Antonio Carrillo Flores. *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*. Librería de Porrúa Hnos. y Cia. México, 1925, pp. 194 a 195. Esta misma cita aparece en la segunda edición de la obra de Carrillo Flores, ahora intitulada *La justicia federal y la administración pública*. Editorial Porrúa, 1973, pp. 176 a 177.

criminales ocurran en cada partido, se tratarán ante el juez letrado del mismo, y los alcaldes de los pueblos, como se previene en esta ley. Exceptúanse sin embargo los juzgados de la hacienda pública, los consulados y los tribunales de minería, que subsistirán por ahora según hallan, hasta nueva resolución de las Cortes."¹⁰⁸

En este mismo reglamento se reserva a las audiencias de México y Guadalajara la función jurisdiccional como tribunales superiores de apelación y se les prohíbe "tomar conocimiento alguno sobre los asuntos gubernativos ó económicos de sus provincias."¹⁰⁹

La real orden publicada en la ciudad de México el 9 de junio de 1820, ordena que los jueces de primera instancia se avoquen de inmediato al conocimiento de los litigios fiscales.

"Para que no sufran el menor entorpecimiento los asuntos contenciosos de la Hacienda pública, he venido en mandar, de acuerdo con la Junta provisional, que se ponga desde luego en planta el decreto de 13 de septiembre de 1813, en el que con el fin de conformar la administración de justicia á los principios de la Constitución Política de la Monarquía, sancionaron las Cortes extraordinarias que el conocimiento de los asuntos judiciales de la Hacienda pública correspondiese á los jueces de primera instancia, con las apelaciones á las Audiencias territoriales, cesando en él los subdelegados de rentas. Teniendo entendido y disponiendo su cumplimiento, Palacio, 20 de marzo de 1820.—A.D. Antonio Gonzalez Salmon."¹¹⁰

El decreto de 13 de septiembre de 1813 invocado en la real orden pre-inserta fue precisamente el que contenía el Reglamento de la Hacienda Pública en lo Contencioso, promulgado en la Nueva España el 23 de julio de 1814.¹¹¹ En *El Las Cortes Generales Extraordinarias de Cádiz* disponen que "todos los negocios contenciosos de la Hacienda Pública, sobre cobranzas de contribuciones, pertenencia de derechos, reversión é incorporación, amortización, generalidades, correos, patrimonio real, contrabandos, delitos de los empleados en el ejercicio de sus funcio-

nes, y las demás causas y pleitos de que han conocido hasta ahora los intendentes y subdelegados de Rentas, y el Consejo suprimido de Hacienda, se fenecerán en las Provincias conforme al art. 262 de la Constitución sustanciándose y determinándose en primera instancia por jueces letrados, y en segunda y tercera por las audiencias respectivas, así en la Península e islas adyacentes, como en Ultramar" (artículo primero).

Son dignos de especial mención los artículos decimoprimer y decimosegundo del Decreto: el primero ordena despachar con preferencia a las causas civiles las relativas a la hacienda pública; y el segundo establece como requisito de procedibilidad del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, el pago de las prestaciones objeto de condena (*solve et repete*).

El espíritu judicialista que privaba en la organización política de España emerge en la factura de aquellas leyes secundarias que atribuyen el conocimiento de lo contencioso tributario a los jueces de primera instancia y a las audiencias, esto es, a órganos del Poder Judicial; ello, no obstante, el claro origen del artículo 353 de la Constitución de Cádiz, antes transcrito, cuyos alcances se limitan, en tal virtud, a la esfera administrativa.

Tenemos, pues, en esta época, un contencioso-tributario que encuadra dentro de lo que se ha denominado el sistema contencioso-administrativo anglosaxón o judicialista, por oposición al continental-europeo de rancio origen galo, consistente, este último, en tribunales administrativos autónomos formalmente adscritos al Poder Ejecutivo.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824

Consumada la Independencia se instala el efímero Imperio de Iturbide, quien estableció la Junta Nacional Instituyente como supremo órgano legislativo. La Junta aprobó, en el mes de febrero de 1823, el Reglamento Político Provisional del Imperio, destinado a regir mientras se expedía la Constitución.

De este Reglamento destacamos el artículo 57, en el que expresamente se establece: *Substituyen los juzgados y fueros militares y eclesiásticos, para los objetos de su atribución, como los peculiares de minería y de hacienda pública, que procederán como hasta aquí, según la ordenanza y leyes respectivas.*"

Al implantarse el sistema federalista adoptado por la Constitución de 1824 se mantienen únicamente, los fueros militar y eclesiástico (artículo 113), por lo que desaparecen del panorama jurídico nacional los juzgados de hacienda en materia federal. No existen, a partir de esta

¹⁰⁸ Duhán y Lorenzo, *Legislación Mexicana ó Colección completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Edición oficial, México, 1876, Tomo I, p. 393.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 385 y 386.

¹¹⁰ Duhán y Lorenzo, *Obra citada*, Tomo I, p. 511.

¹¹¹ Quintana, José Miguel, *Reseña Histórica del Contencioso Administrativo Fiscal en México*, Revista Jus. Núm. 36, marzo de 1943, Tomo X, pp. 197 a 214.

Ley fundamental y hasta su abrogación por Las Bases Constitucionales de 23 de octubre de 1835, órganos ni procedimientos determinados para la tramitación del contencioso tributario. Este queda comprendido dentro de la competencia ordinaria de los tribunales que integran el Poder Judicial federal. Ello se desprende del texto de los artículos 137, fracción V, inciso sexto, 142 y 143, los cuales otorgan competencia: el primero, a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las infracciones a la constitución y leyes generales, según prevenga la ley; el segundo, a los tribunales de circuito para conocer de las causas civiles cuyo valor pasara de quinientos pesos y en las cuales estuviera interesada la federación; y el último, a los juzgados de distrito para instruir y resolver las mismas causas cuando su monto no excedía de dicha suma. Por su parte, el artículo 138 estableció la necesidad de que una ley secundaria determinara el modo y grados en que debería de actuar la Corte Suprema de Justicia en los casos de su competencia.

Nava Negrete¹¹¹ enseña que el contencioso fiscal, en este estadio político-jurídico, se apoyó en el punto sexto, fracción V, del artículo 137 de la Constitución y rebate con apasionado empeño la postura doctrinaria de don Jacinto Pallares, quien funda la existencia del contencioso tributario en el artículo 160 de la Constitución de 24, argumentando que "...antes y después de las Constituciones de 1812 y 1824 se han tenido como causas civiles y cuya decisión corresponde al Poder Judicial aquellas que nacen, no sólo de obligaciones particulares, sino las que tiene el individuo para con la sociedad, cual es la de pagar impuestos..."¹¹²

No estamos de acuerdo con el ilustre jurista del siglo pasado en lo que atañe al precepto constitucional por él invocado, pues el artículo 160 contemplaba la competencia constitucional del Poder Judicial de cada Estado de la federación, y claro está que dentro de tal competencia no podía quedar comprendido el contencioso tributario federal; empero, si nos solidarizamos en lo que se refiere a la connotación del concepto "causas civiles", pues dada la clara raíz ambigua de esta constitución (que tuvo como modelo a la de Filadelfia), importamos la idea, producto de la tradición inglesa, de que el contencioso administrativo quedaba inmerso dentro de aquella noción jurídica.

Así lo reconoce el propio Nava Negrete cuando líneas más adelante, al examinar la misma tesis doctrinaria (sostenida ahora por Antonio Carrillo Flores) y al hacer la exégesis de la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 1857 (que vino a ser, con algunas variantes, la

fracción I del artículo 104 de la Constitución de 1917), cambia súbitamente de opinión y afirma que "...Carrillo Flores interpreta la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 57,¹¹³ correspondiente de la fracción I del artículo 104 de la Constitución aprobada por el Constituyente, en el sentido de que ella sirve de apoyo a una intervención judicial por vía diversa del amparo encaminada a conocer de las reclamaciones que los particulares formulan en contra de la validez de actos del poder público..."¹¹⁴ Ciertamente que la norma habla de controversias 'civiles' y no de 'administrativas', pero es porque, conforme a la tradición sajona, cuando el precepto se redactó no se había reconocido la autonomía de lo 'administrativo' y no porque se pretendiera excluirlo". Y he aquí cómo, a continuación, y no obstante la coincidencia de criterios en este respecto entre Pallares y Carrillo Flores, se suma a la tesis ya por él descartada y expresa: "Acertada como es —a nuestro juicio— la opinión vertida por el jurista mexicano por cuanto a la localización que hace de la fuente y el órgano jurisdiccional del contencioso administrativo en la fórmula consagrada en la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 1857 y por la fracción I del artículo 104 de la Constitución de 1917, parecemos útil agregar algunas consideraciones..."¹¹⁵

Bases Constitucionales de 1835 y Leyes Constitucionales de 1836

Las Bases Constitucionales de 23 de octubre de 1835 establecen el régimen centralista no obstante la prevención expresa del artículo 171 de la Constitución de 1824 que prohibía alterar la forma de gobierno instituido por ella.

Es el artículo 14 de estas Bases el que importa para los fines de nuestro estudio. En él se dispone la expedición de una ley cuyo objeto será organizar el tribunal de cuentas y arreglar la jurisdicción económica y contenciosa en este ramo.

"14. Una ley organizará la Hacienda Pública en todos sus ramos; establecerá el método de cuenta y razón, organizará el tribunal de revisión de cuentas, y arreglará la jurisdicción económica y contenciosa en este ramo."

¹¹¹ Similar a la fracción I del artículo 103 del proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza.

¹¹² *La defensa*, p. 284. Ad. también, en *La justicia federal*, pp. 179 y 180.

¹¹³ Ob. cit. pp. 289 y 290. (La fracción I del artículo 104 de la Constitución de 1917, en correspondencia, reza: "Art. 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales...")

¹¹⁴ *Derecho Procesal Administrativo*. Editorial Porrúa, S. A., México, 1959, p. 267.

¹¹⁵ *El Poder Judicial*, México, 1874, p. 10.

Y en el artículo 1º de la Ley Quinta de la Constitución de las Siete Leyes promulgada a continuación,¹¹⁴ se prevé la instauración de tribunales de Hacienda "que establecerá la Ley de la materia", dentro de la órbita del Poder Judicial.

Así reaparecen los juzgados de hacienda con competencia específica por razón de la materia. En segunda instancia conocían del contencioso tributario los tribunales superiores de los departamentos, al tenor de la fracción III del artículo 22 de la Ley Quinta, y era tribunal de última instancia la Corte Suprema de Justicia, según lo disponía la fracción XI del artículo 12 de la misma ley.

Referencia especial merece la ley del 20 de enero de 1837, cuyo objeto fue regular el ejercicio de la facultad económico-coactiva.

En ella se tiende a mantener la debida separación entre las funciones administrativa y judicial con el objeto de respetar el principio de división de poderes, evitando las interferencias entre el ejecutivo y el judicial.

Atribuye, en primer término, el ejercicio de la facultad económico-coactiva a los ministros de la Tesorería General de la República, a los jefes principales de Hacienda de los Departamentos, a los administradores y, en general, a todo empleado encargado de la cobranza de las rentas, contribuciones y deudas del erario, con responsabilidad directa pecuniaria, a quienes expresamente les prohíbe "ingerirse por esto en la jurisdicción contenciosa que corresponde a los jueces que hasta aquí la han ejercido, ó lo ejerzan en lo sucesivo legalmente". (Artículo 1º)¹¹⁵

En su artículo segundo fija los límites de la facultad económico-coactiva respecto de la jurisdicción tributaria, y así dispone que "para evitar dudas sobre los límites á que se sujeta la facultad coactiva, se declara que solo se entenderán por contenciosos aquellos puntos en que fundadamente se dude sobre la aplicación de la ley, al caso particular que se verse, ó en que sean forzosas las actuaciones judiciales, como en las causas de contrabando, y en las que se dispute la paga ó adeudo de una cantidad que por su origen, por la cuota ó por la variación de tiempos y circunstancias, ofrezca motivo fundado de dudar sobre la aplicación de la ley; no debiendo, por consiguiente, calificarse los asuntos de contenciosos solo porque las partes contradigan ó resistan el pago; lo que hacen muchas veces con el único objeto de dilatarlo".¹¹⁶

¹¹⁴ Objeto de especial comentario por parte de los más destacados constitucionalistas es el Supremo Poder Conservador establecido por esta Constitución (Base Segunda) y cuya vida jurídica se extinguió con el acta conocida con el nombre de Base de Taculaya de 28 de septiembre de 1841.

¹¹⁵ Duhán y Loraño. Ob. cit. Tomo III, p. 266.

¹¹⁶ Ibidem. p. 266.

El principio de que el fisco no pelea despojado tomó su asiento en esta ley, según se desprende del texto de sus artículos 3, 16, 17 y 18:

"... los empleados de Hacienda á quienes se confiere la potestad coactiva deberán verificar la cobranza, tomando por sí mismos las providencias necesarias hasta la de embargo, con total inhibición de las autoridades judiciales y de cualquiera otra, sin que á pretexto de las contradicciones y recursos, que se hagan, puedan llamarse contenciosos los asuntos hasta después de haber satisfecho, á lo ménos en calidad de depósito, la cantidad de que se trate." (art. 3º)

Los artículos 16 y 17 disponen la remisión de cualquier expediente de créditos, escrituras, obligaciones u otros documentos existentes en los juzgados de primera instancia "por los que resulte acción ejecutiva á la Hacienda pública" así como de los asuntos contenciosos en que "la Hacienda pública esté despojada", para el efecto de que la oficina de hacienda, "sin más término notifique de pago a su deudores, ó practique los embargos y prosiga los negocios en los términos que quedan prevenidos". Y en los asuntos contenciosos para que los funcionarios coactores respectivos requieran a los deudores de "exhibición á depósito" y procedan "á la ejecución de embargo". En los negocios contenciosos, reza el artículo 17, no se suspenderá el curso del juicio.

El artículo 18 prohíbe a los jueces ingerirse en las funciones que en uso de la potestad coactiva ejerzan los recaudadores, "y ménos admitirán gestión alguna contra las providencias económico-coactivas, sea ó nó verdaderamente contencioso el asunto que se verse, ántes de que el empleado respectivo les comunique quedar asegurada la Hacienda Pública con el depósito, ó estar á su disposición los bienes embargados".¹¹⁷

Las tercerías excluyentes de dominio eran de la competencia de los jueces de hacienda, a quienes se turnaban todos los expedientes una vez hecho el depósito ó practicado el embargo, para el efecto de que procedieran al remate de los bienes y a la aplicación de su producto (arts. 10 y 18). Esto último pone de manifiesto que solamente el Poder Judicial podía afectar la propiedad particular al pago de créditos fiscales.

Esta misma ley, como la apunta Nava Negrete,¹¹⁸ estableció en las capitales de Departamento, "y en los demás lugares en que el gobierno lo tenga por conveniente", promotores fiscales para hacer "valer las acciones del fisco en la primera instancia, y en las otras poblaciones los

¹¹⁷ Ibidem. p. 268.

¹¹⁸ Ob. cit. p. 271.

jueces que conozcan de los negocios de Hacienda, sustanciarán los autos ó expedientes con el funcionario ó empleado que providenció la ejecución..." (art. 14). Se fija también, el principio de que el Fisco bien podía ser parte actora o demandada en el proceso contencioso fiscal.¹¹¹

Bases orgánicas de 1843

El ciclo histórico comprendido de los años de 1836 a 1843, hasta llegar al año de 1857, está lleno de vicisitudes para la nación mexicana. Su principal personaje, hasta el año de 1855, Antonio López de Santa Anna, es actor veloz con ribetes de héroe y de villano, a quien la historia ha juzgado ya mediante un fallo inexorable de acre recriminación.

Las Bases de Tacubaya de 28 de septiembre de 1841 dejaron subsistente a la Constitución de las Siete Leyes, y hasta el año de 1843, después de un proyecto de reformas de 30 de junio de 1840 y de dos proyectos de Constitución firmados el año de 1842, se expiden y promulgan las *Bases de Organización Política de la República Mexicana*, cuya vigencia empezó el año de 1843 y concluyó al triunfo del movimiento de la Ciudadela.

Las Bases Orgánicas de 1843 constituyen un código político de franca estructura centralista. Sancionadas por Santa Anna el 12 de junio de 1843, se publican por bando solemne el día 14 del mismo mes.

En esta ley fundamental se declara que subsistirán, dentro de la esfera del Poder Judicial, los juzgados de Hacienda creados por la *Constitución de las Siete Leyes*, para conocer del contencioso-tributario: "Art. 115. El Poder Judicial se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en los tribunales superiores y jueces inferiores de los Departamentos, y en los demás que establezcan las leyes. Subsistirán los tribunales especiales de hacienda, comercio y minería mientras no se disponga otra cosa por las leyes."

El artículo 194 dispone el nombramiento de fiscales generales (similares a los promotores fiscales cuya institución emana de la Ley de 20 de enero de 1837, ya comentada) "para los negocios de Hacienda y los demás que sean de interés público".

Acta Constitutiva y de Reformas de 1847

El Acta Constitutiva y de Reformas promulgada el 21 de mayo de 1847 restituye en su vigencia, con las modificaciones que en ella se incluyen, a la Constitución de 1824, restaurando el sistema federal.

¹¹¹ Ibidem. p. 271.

Los tribunales del Poder Judicial federal conocerán, en lo futuro, del contencioso-tributario federal dentro del procedimiento establecido para la tramitación de todos los litigios que se susciten con motivo de la aplicación y cumplimiento de las leyes federales, en los términos que dejamos apuntados al examinar los preceptos correspondientes de aquella Constitución.

Don Mariano Otero, cuyo preclaro espíritu de jurista se vertió en el Acta, introdujo, con el carácter de verdadera garantía constitucional, el juicio de amparo como medio de control jurisdiccional "contra todo ataque de los poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales á impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley ó del acto que lo motivare" (artículo 25). Ya en el voto particular emitido por don Pedro Ramírez el 30 de junio de 1840¹¹² al formularse el proyecto de reformas a la *Constitución de las Siete Leyes*, se apuntó la creación de este control, atribuyéndolo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Anotamos este hecho porque con el tiempo el juicio de amparo vino a ser el cauce por donde se coló subrepticamente un importante sector del contencioso tributario confundido en el caudal de demandas planteadas por el particular al pretender el examen de la violación a la garantía de legalidad.

Bases para la Administración de la República de 22 de abril de 1853

Expedidas por Santa Anna, a la sazón una vez más Presidente de la República, y refrendadas por los ministros Lucas Alamán, Teodosio Lares, José María Tornel y Antonio Haro y Tamariz, el 22 de abril de

¹¹² El constitucionalista licenciado F. Jorge Gaxiola, en su estudio, escrito con la colaboración del licenciado Alejandro González Prieto, "Los Tres Proyectos de Constitución de 1842", nos explica: "Es necesario aclarar que, no obstante lo que afirman eminentes publicistas y estudiosos del derecho constitucional mexicano, no fue el autor del voto a que nos referimos, don José Fernando Ramírez, sino don Pedro Ramírez. Don José Fernando Ramírez no figuró como diputado ante esta asamblea legislativa; no así don Pedro que formó parte de la Comisión que se propuso reformar la Constitución de las Siete Leyes en 1840, destacando su labor por varios votos particulares que presentó en esa época, entre los que sobresale, por supuesto, el voto a que nos hemos referido" *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*. Publicada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Tomo I. 1967, p. 653.

La anterior observación pasó inadvertida para los autores de la obra, pues en el Tomo VIII, a fojas 14 se señala como *segundo antecedente* del artículo 107 de la Constitución de 1917 al *voto particular del diputado José Fernando Ramírez sobre el Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1824, lechado en la ciudad de México el 30 de junio de 1840*.

1853, las Bases para la Administración de la República, hasta la promulgación de la Constitución, vienen a ser el ordenamiento jurídico fundamental sobre el cual se sustentó el primer tribunal de lo contencioso administrativo dentro de la órbita del Ejecutivo, que registra la historia jurídico-política del Estado Mexicano. Se debe al genio y a la cultura jurídica de don Teodosio Lares¹¹¹ la *Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo* y su Reglamento, expedidos ambos el 25 de mayo de 1853.

Esta ley crea, dentro del Consejo de Estado, cuyo establecimiento prevén las *Bases para la Administración de la República*, una sección de lo contencioso administrativo compuesta por cinco consejeros abogados "que nombrará desde luego el Presidente de la República" (artículo 4). Contaba con un secretario nombrado también por el Presidente de la República "de entre los oficiales de la secretaría del consejo" (artículo 5).

Los artículos 7, 8, 12 y 13 de la Ley en comentario, constituyen la expresión legislativa de lo que doctrinariamente se conoció como el *Previo administrativo*. Consistía éste en un procedimiento que tendía a conservar impoluto el sistema formal de división de poderes. Sobre él nos habla el propio Lares en sus *Lecciones de Derecho Administrativo*, obra que, publicada en 1852, viene a constituir, propiamente, el antecedente doctrinario del ordenamiento positivo que examinamos, así como de su reglamento. La claridad y llaneza expositiva de su autor nos inclinan a dejarle la palabra:

"El poder administrativo no puede juzgar á los funcionarios del orden judicial ni el poder judicial á los agentes de la administración, sin expresa autorización de la misma. Y esto lo exponemos bajo el nombre de *previo administrativo*, indispensable en algunas acciones que quieran intentarse contra el Estado."¹¹²

"Algunas veces, sin atribuir jurisdicción á la autoridad administrativa, la división de poderes exige que cierto negocio sea sometido á su examen, ó que se le pida una autorización, antes de entablar la demanda ante los tribunales."¹¹³

"En una administración bien organizada, no debe permitirse

¹¹¹ Se le atribuye la paternidad del primer Código de Comercio mexicano, conocido con el nombre de *Código Lares*, promulgado el 16 de mayo de 1854. Opina en contra el mercantilista Barrera Graf. *Tratado de Derecho Mercantil*. México, 1937. Volumen I. p. 79.

¹¹² Lares, Teodosio. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1852. p. 212.

¹¹³ *Ibidem*, p. 221.

que se entable demanda alguna contra el Estado, contra un partido, ó contra un ayuntamiento, sin haber presentado previamente una memoria que pueda ilustrar á los administradores de los bienes de estas diversas personas morales. La administración examina si le convendrá mejor defender sus derechos, ó si le será más conveniente transigir. He aquí un previo administrativo."¹¹⁴

El artículo 1º, fiel reflejo del origen francés de nuestro primer contencioso-administrativo bajo la égida del Ejecutivo, establecía:

"Art. 1º. No corresponde á la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones administrativas."

A continuación, en el artículo 2º se enumeran, en forma taxativa, las materias que deberían considerarse como de exclusiva naturaleza administrativa:

"2. Son cuestiones de administración las relativas:

- I. A las obras públicas.
- II. A los ajustes públicos y contratos celebrados por la administración.
- III. A las rentas nacionales.
- IV. A los actos administrativos en las materias de policía, agricultura, comercio é industria que tengan por objeto el interés general de la sociedad.
- V. A la inteligencia, explicación y aplicación de los actos administrativos.
- VI. A su ejecución y cumplimiento, cuando no sea necesaria la aplicación del derecho civil."

El reglamento, por su parte, determina, también limitativamente, el objeto de "lo contencioso de las rentas nacionales".

"3. Lo contencioso de las rentas nacionales es relativo:

- A la contabilidad,
- A los contribuyentes,
- A la deuda y crédito público,
- A los sueldos,
- A las pensiones,
- A todos los pagos puestos á cargo del erario.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 222.

- I. Son por lo mismo contenciosas: las cuestiones entre el erario y sus administradores, y las de éstos entre sí cuando en ella sea interesado el fisco.
- II. Las relativas á la contabilidad en las oficinas.
- III. Las que se versen sobre la recaudación, pago y liquidación de las contribuciones, y cuota impuesta á los contribuyentes, salvas las excepciones expresas en las leyes.
- IV. Las que dicen relación al reconocimiento, liquidación y pago de la deuda pública, sus réditos, intereses é indemnizaciones por daños y perjuicios.
- V. Las que se versen sobre asignación, liquidación y pago de sueldos, pensiones, jubilaciones y retiros, liquidación y pago de sumas debidas por obras públicas, indemnizaciones, daños y perjuicios ocasionados por ellas, ó sobre concesiones de pensiones civiles y militares establecidas por la ley."

Como característica específica de este contencioso administrativo tipo *Continental europeo de justicia retenida*, encontramos la obligación de presentar ante el ministerio correspondiente una memoria, en la que deberían exponerse "con sencillez y claridad, los hechos y fundamentos legales". Asimismo, debería fijarse "en conclusiones precisas" el objeto de la reclamación y enunciarse "las piezas" (documentos) que el reclamante presentare "en apoyo de su demanda" (artículo 6 del Reglamento).

Esta memoria venía a ser propiamente, como con toda precisión se indica en el artículo 6 del Reglamento, el escrito inicial de demanda, pues si la cuestión no quedaba resuelta dentro del plazo de un mes, y; fuera aceptando la administración la pretensión del promovente, bien, en forma autocompositiva, mediante transacción, se pasaba a la sección de lo contencioso del consejo, dando aviso al particular y al procurador general. Este aviso fijaba el carácter contencioso del negocio (artículos 9 y 10 del Reglamento).

El procedimiento, preordenado en los capítulos II a VI del Reglamento, responde a las ideas y conceptos expuestos por Laredo en sus *Leciones*, y primordialmente al principio de economía procesal:

"El procedimiento administrativo tiene el mismo objeto y se propone el mismo fin que el procedimiento civil: "ilustrar la marcha de la justicia sin embargarla, ni retardarla, y prescribir los medios de conseguirlo en el menor tiempo y con el menor gasto posible." Así es que todos los principios que el derecho público establece para lograr la perfección en el procedimiento

civil, tienen su aplicación en el procedimiento administrativo. Para evitar el desorden, la arbitrariedad y confusión, los trámites deben ser sencillos; para precaver los errores, ilustrar á los jueces, y descubrir la verdad y la justicia, debe haber una instrucción, ó sumaria averiguación así del hecho como del derecho; para asegurar los derechos personales de las partes, proporcionar el tiempo para una legítima defensa, y huir de la precipitación, debe haber útiles prescripciones, dilaciones, y términos tutelares; y en fin, para que los derechos que se disputan no queden por largo tiempo inciertos, y se eviten los graves perjuicios que resultan de la lentitud de los procesos, no deben multiplicarse las formas, y debe haber celeridad en el procedimiento.

Bajo estas bases, que pueden reducirse á dos, sencillez y celeridad, debe organizarse el procedimiento administrativo. Citación, instrucción, y defensa, he aquí los importantes y graves intereses que bajo tales bases deben quedar asegurados. Así lo han procurado hacer las legislaciones francesa y española al establecer las formas con arreglo á las cuales debe procederse en los negocios contenciosos de la administración."¹¹⁷

Sabios principios informan el pensamiento de Laredo, de adelantada proyección en una época en que el tradicional formalismo de la legislación española imperaba en el espíritu de nuestros más preclaros juristas.

El procedimiento se desenvuelve en dos instancias. De la primera, como ya lo indicamos, conoce la sección de lo contencioso; y de la segunda, el consejo de ministros (Bases para la Administración de la República y Reglamento del Consejo de Estado de fecha 17 de junio de 1853).

Los recursos previstos por el Reglamento de la Ley sobre lo contencioso administrativo eran cuatro: el de apelación, que era un medio de impugnación a la sentencia definitiva cuando se estimaba que existía un error in iudicando; el recurso impropio de apelación, cuya finalidad era subsanar cualquier incongruencia, contradicción, ambigüedad ó confusión (similar al previsto por el artículo 223 del Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor); el de nulidad, que procedía para el caso de que se hiciera valer el error in procedendo; y el de revisión, contra las sentencias pronunciadas en los juicios que se hubiesen seguido en rebeldeza.

¹¹⁷ Op. cit. pp. 386 y 387

El recurso de apelación se tramitaba por la sección de lo contencioso y se resolvía por el "Gobierno en Consejo de Ministros" (artículos 22 al 26 del Reglamento);¹¹⁸ en cambio, los de nulidad, aclaración y revisión, se decidían por la misma sección. (Resulta pertinente resaltar que en el último aspecto se siguió el sistema del contencioso administrativo español.)

Por otra parte, hemos de apuntar, bien sea de paso, que los litigios cuya cuantía eran de cien pesos o inferior a esta suma estaban sujetos a un procedimiento oral. Se caracterizaban, por ende, porque en él prevalecían los principios de inmediación, concentración y ausencia de recursos (Artículos 59 y 60 del Reglamento).

Son innumerables e interesantes las distintas facetas de este contencioso-administrativo configurado dentro del ámbito de la administración activa; empero nos vemos obligados a limitar nuestro estudio a los aspectos antes anotados, para asentar la conclusión a que arriba Carrillo Flores: "No tiene valor alguno preguntarse a estas horas acerca de la viabilidad de un sistema continental europeo del tipo de la 'justicia retenida', como el que ideó Lares. Ni en Europa misma la justicia retenida se conserva, porque es notorio que jueces que no son independientes de la administración no son verdaderos jueces."¹¹⁹

Más no se piense que el contencioso administrativo se agota en el conocimiento de los litigios de esta naturaleza que ante la sección de lo contencioso del Consejo de Estado promovían, ya fuera el particular ya la administración.¹²⁰ Existían, además, dentro del seno del poder judicial, los jueces y tribunales de hacienda cuya competencia se precisó en la *Ley Orgánica de los Jueces y Tribunales de Hacienda de 20 de septiembre de 1853*. Conocían, conforme a lo ordenado por el artículo 10 de este ordenamiento jurídico: "de los negocios judiciales que se venen sobre contribuciones ó impuestos, á favor de la instrucción pública ó de los ayuntamientos" (fracción III); "de todos los negocios judiciales civiles en que el fisco tenga actual y existente interés ó crédito" (fracción IV); "de los negocios judiciales civiles en que el interés de la hacienda haya sido trasladado á particulares con los privilegios del fisco" (fracción V). Asimismo, se le atribuía competencia para conocer de las causas de contrabando, de los delitos oficiales de los "empleados de hacienda", de diversos delitos fiscales como "falsificación

de papel sellado, bonos, billetes de banco ó de lotería nacionales" y "de los delitos de moneda falsa". La enumeración de los litigios de su competencia era enunciativa, pues la fracción XII del artículo 10 los facultaba para avercarse a "todos los demás negocios civiles y criminales, cuyo conocimiento les atribuyan ó atribuyeren las leyes en lo sucesivo".

Los tribunales superiores de hacienda tenían el carácter de unipersonales y conocían en primera instancia de los juicios penales por delitos comunes u oficiales incoados contra los jueces especiales de hacienda. Conocían, también, de las causas de responsabilidad seguidas en contra de los jueces de primera instancia, "cuando incurrieren en ella desempeñando las funciones de jueces de hacienda". Eran competentes para conocer de los juicios que por la comisión de hechos delictivos de la misma naturaleza se iniciasen en contra de los promotores fiscales de los juzgados de hacienda, así como de "las causas de responsabilidad de sus oficiales y demás subalternos del tribunal" (artículo 33).

En segunda instancia les correspondía conocer de las apelaciones interpuestas contra las sentencias de los jueces de hacienda, así como "de los recursos de nulidad de las sentencias que causen ejecutoria en primera" (artículo 34).

El artículo 35 de la ley en comentario precisaba la competencia de la Suprema Corte de Justicia a este respecto, de la siguiente manera:

"35. La Suprema Corte de Justicia conocerá en tercera instancia de todos los negocios de que habla la primera parte del artículo anterior. En segunda y tercera de los que se refieren en el artículo 33. En primera, segunda y tercera de las de responsabilidad, y criminales comunes de los magistrados de los tribunales de hacienda y sus promotores. Y de los recursos de nulidad de las sentencias que causen ejecutoria en segunda ó en tercera instancia."

Don Teodosio Lares, en las lecciones décima a duodécima de su obra, se dedica a establecer los principios que rigen la separación entre el contencioso-administrativo judicial y el contencioso administrativo atribuido al Consejo de Estado. En lo que atañe a la materia tributaria, nos dice: "Las cuestiones sobre contribuciones, pertenecen por regla general á la competencia administrativa, á menos que no puedan resolverse sino por los medios del derecho común. Esta regla y esta excepción, deciden los casos que pueden presentarse. Así, v.g., si para el pago de una contribucion fuera necesario decidir sobre una herencia, renuncia ó aceptación de ella, no podría hacerlo sino la autoridad ju-

¹¹⁸ Clara expresión del sistema de "justicia retenida".

¹¹⁹ La Justicia Federal, p. 177.

¹²⁰ El artículo 27 del Reglamento, disponía: "El procedimiento donde que se haya fijado el carácter contencioso del negocio, es el mismo, sea que un particular o corporación haga la reclamación contra la administración, ó ésta contra los individuos ó personas morales, ó unos y otras entre sí."

Judicial... Cuando la excepción de la regla tiene lugar, nada importa que personas morales ó el Estado mismo estén interesadas en el litigio; basta que se traten de aplicar los principios del derecho común, para que los tribunales se declaren competentes."¹¹¹

Correspondería también al Poder Judicial, según lo enseñaba Larrea, conocer de la ilegalidad de un impuesto cuando éste proveniese de un decreto del Ejecutivo.

Esta exclusión del contencioso administrativo tenía que provocar frecuentes conflictos de competencia jurisdiccional entre la sección de lo contencioso del consejo de Estado y los jueces de Hacienda, lo que implicaba la creación del tribunal de competencias, similar al tribunal de conflictos del sistema francés. Función de tan primordial importancia se atribuyó a la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, "compuesta para este caso de dos magistrados propietarios y de dos consejeros, designados unos y otros por el Presidente de la República" (artículo 6 de la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo). Era Presidente del tribunal el de la misma sala, y sólo votaba en caso de empate.

El conflicto de atribuciones entre una autoridad administrativa y la sección de lo contencioso era resuelto por el "gobierno supremo" (artículo 66 del Reglamento de la Ley para el arreglo de lo Contencioso Administrativo).

La vigencia de estas leyes fue precaria, pues fueron derogadas por la Ley Juárez de 23 de noviembre de 1855. Sólo es de lamentarse que el genio jurídico de Larrea hubiese estado al servicio de un régimen repudiado por el pueblo mexicano.

Revolución de Ayutla

Al triunfo de la Revolución de Ayutla, que se inició el 1º de marzo de 1854 con el plan del mismo nombre, se expide el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana¹¹² vigente hasta promulgarse la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, el 5 de febrero de 1857.

El Estatuto reconoce la vigencia de la Ley Juárez de 23 de noviembre de 1855 (artículos 97, 100 y 101), que suprimió los tribunales especiales, "con excepción de los eclesiásticos y militares" (artículo 42). Para los fines de nuestro estudio es pertinente reseñar la supresión de los jueces y tribunales de Hacienda. El conocimiento de los negocios que conformaban el área de su competencia pasó a los jueces ordina-

rios, conforme a lo dispuesto por el artículo tercero transitorio de esta ley.

El Imperio

El históricamente absurdo, por espurio e ilegítimo, amén de exótico, Imperio de Maximiliano, crea, en el año de 1864, un Consejo de Estado, entre cuyas atribuciones cuenta la de "Formar el Tribunal de lo contencioso administrativo" (Decreto de 4 de diciembre de 1864), y prohíbe al Consejo de Estado ocuparse de aquellos negocios "que versando sobre interés privado, pueden dejar abierta la vía de lo contencioso administrativo, sino en los casos determinados por la ley que arregla lo contencioso" (artículo 18 del Decreto sobre Organización General de los Ministerios, de fecha 12 de octubre de 1865).

La Ley sobre lo Contencioso-Administrativo se expide el 1º de noviembre de 1865, y en su artículo 1º consagra la prohibición —que refleja el origen francés del instituto— a la autoridad judicial de ocuparse del conocimiento de las cuestiones administrativas.

El artículo 2º determina la materia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la base de un contencioso-subjetivo: "Son cuestiones contencioso-administrativas, todas las que se promuevan por cualquiera persona ó corporación reclamando un derecho perfecto y preexistente que se pretenda haberse violado por el Gobierno ó sus agentes ó por los que obran en su nombre en un asunto de cualquiera ramo de la administración, que proceda de algún acto administrativo. Lo son igualmente las que se promuevan por cualquiera persona ó corporación ó por la administración y sus agentes, relativas á los derechos adquiridos por un acto administrativo, siempre que se trate de la interpretación y aplicación del acto administrativo de que nace el derecho, así como las que se promuevan sobre la ejecución y cumplimiento de los actos administrativos."

Quedan fuera del contencioso-administrativo los actos de gobierno y la declaración de ilegalidad de las normas jurídicas (artículos 3º, 4º y 8º de la Ley). Y se reservan al conocimiento de los órganos del poder judicial las cuestiones "que se susciten sobre el cumplimiento de los contratos celebrados por la administración ó sus agentes, relativos á los bienes del Estado, que tengan por objeto la percepción de rentas ó realización en dinero", así como los juicios relativos a la propiedad ó posesión de cosas inmuebles bien fuera que los iniciara la administración, o sus agentes o bien el particular contra la administración. (artículos 6º y 7º)

Se crea también un Tribunal de Confianza dentro del mismo

¹¹¹ *Op. cit.* pp. 317 y 318.

¹¹² Se expide el 13 de mayo de 1856 y se publica el día 23 del mismo mes.

Consejo de Estado, para resolver los conflictos de atribuciones entre la autoridad administrativa y la judicial (artículo 12 de la Ley y 43 del Reglamento).

El Reglamento de la Ley sobre lo Contencioso Administrativo se expide con fecha 1º de noviembre de 1863, teniendo como patrón el Reglamento de 25 de mayo de 1853, según se expone en el Decreto respectivo. Salvo ligeras modificaciones y la supresión del recurso de nulidad, constituye una simple copia de aquel reglamento.

El contencioso-tributario queda escindido, a la manera del sistema Lare, en dos sectores: el del tribunal de lo contencioso-administrativo y el de los tribunales judiciales. Y según puede verse en la Ley para la Organización de los Tribunales y Juzgados del Imperio, de 18 de diciembre de 1865, el gobierno quedaba facultado para establecer, en los lugares que lo creyera conveniente, jueces privativos de hacienda pública y tribunales mercantiles (Artículo 2º).

De la Constitución de 1857 a la de 1917

Como ya dijimos en páginas precedentes, vino a ser el juicio de amparo el medio jurídico más socorrido de solución heterocompositiva de los litigios tributarios, al hacerse valer, en estos casos, ante los tribunales federales, el derecho del particular a la legal aplicación de las normas jurídicas, consagrado por la Constitución de 1857 y posteriormente por la de 1917.

Nuevamente el contencioso tributario gira en su totalidad en la órbita del Poder Judicial y no se separa de ella hasta la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, en 27 de agosto de 1936,¹³³ como cuerpo colegiado de justicia administrativa dentro de la órbita del Poder Ejecutivo.

Don Manuel Dublán, en su *Derecho fiscal*, editado en el año de 1865, nos hace este comentario: "En toda época los negocios de hacienda han merecido una particular consideración al legislador, bien creando tribunales especiales para su conocimiento y decisión, ó bien disponiendo que de los jueces ordinarios, se encargase alguno del despacho exclusivo de los asuntos del fisco. Este segundo extremo es el adoptado por la legislación vigente; de manera que el juez ordinario á quien corresponde dicho despacho ejerce jurisdicción exclusiva, sujetándose en la sustanciación y resolución de los negocios á las leyes especiales del ramo".¹³⁴

¹³³ *Diario Oficial de la Federación* de 31 de agosto de 1936.

¹³⁴ De la reproducción facsimilar editada por Textos Universitarios, S. A. México, 1975. p. 91.

En esta etapa y bajo el signo del sistema judicialista anglosajón pasaremos revista a los más importantes ordenamientos jurídicos que consagran el contencioso tributario formalmente adscrito al Poder Judicial.

El juicio se tramitaba ante los jueces de distrito, previo el aseguramiento del interés fiscal. Así, la Ley del Timbre de 1872 encomienda expresamente a los tribunales judiciales de la federación, los litigios que origine su aplicación:

"69. Las denuncias ó acusaciones sobre cualquier género de fraude que se cometa ó intente cometer respecto de la renta del timbre, serán juzgadas por los jueces federales, siendo de la incumbencia de los empleados del timbre usar de cuantas medidas preventivas juzguen oportunas."

"75. En caso de insolvencia para satisfacer la multa en que se haya incurrido, se impondrá por el juez respectivo la pena de uno á seis meses de prisión, según las circunstancias del caso."

"77. Todas las infracciones de esta ley, cualquiera que sea quien las cometa, quedan sujetas á los tribunales de la Federación, en los casos necesarios."

Reitera el criterio judicialista la Ley del Timbre de primero de diciembre de 1874, cuyo artículo 117 corresponde al número 77 arriba transcrito.

La Ordenanza General de Aduanas Marítimas y Fronterizas, publicada a partir del 28 de enero de 1885, establece una doble vía para la determinación de las contravenciones por ella tipificadas, así como para la aplicación de las sanciones previstas por la misma Ordenanza.

Las resoluciones pronunciadas por los administradores de aduanas podían ser revisadas, a elección del interesado, por la Secretaría de Hacienda, ó bien turnarse el expediente al juzgado de distrito competente para la tramitación del juicio civil. Se establecía como condición de procedibilidad el previo pago de "Los derechos del Fisco, y las penas pecuniarias que puedan recaer". Esto es, funciona en toda su magnitud el principio del *solvo et repeto*.

Si se optaba por la vía administrativa, la Secretaría de Hacienda procedía a dictar de plano la resolución respectiva, la cual podía ser confirmatoria, modificativa ó revocatoria de la decisión pronunciada por el administrador de aduanas. En cambio, el procedimiento judicial en el aspecto civil (contencioso tributario) era verbal cuando la cuantía no excedía de mil pesos, y sumario (oral) si pasaba de esta cantidad (artículo 418). Los artículos 419 y 420 señalaban los trámites y forma-

lidades del procedimiento, así como los derechos y cargas procesales. El recurso de apelación únicamente procedía en el efecto devolutivo contra la resolución definitiva dictada en el juicio sumario. En el proceso verbal el fallo era inapelable y sólo se remitían los autos al Tribunal de Circuito para que éste determinara si el juez había incurrido en responsabilidad, la cual se sancionaba de oficio (artículo 419, fracción IV).

En ambos procedimientos se prevén trámites sencillos y plazos breves. El juicio verbal tiene las características propias de la oralidad, esto es, priva en él los principios de concentración, inapelabilidad e identidad física del juzgador, por cuanto a que éste no es recusable (artículo 421).

La Ordenanza General de Aduanas Marítimas y Fronterizas promulgada el 12 de junio de 1891 conserva el mismo sistema que la anterior, estableciéndose en ella el recurso administrativo de queja como paralelo al contencioso-tributario judicial (juicios civiles). Al tenor del artículo 559 la declaración de firmeza de una resolución administrativa no impugnada, por la que se hubiese impuesto una multa superior a quinientos pesos y cuya notificación se hubiese efectuado por cédula o por edictos, se hacía por la autoridad judicial (juez de distrito), transcurrido el plazo de ocho días que el propio ordenamiento jurídico concedía para interponer la queja o para deducir la acción. Si la multa era inferior a dicha suma aquella declaración se hacía por los administradores de aduanas (artículo 560).

Priva aquí, también, el principio del *solve et repete* (artículo 569), por lo que al primer escrito (de queja administrativa o de demanda) debía acompañarse el documento justificativo del pago de los derechos del fisco, así como el comprobante mediante el cual se acreditara que "las demás penas que afecten á su peculio están aseguradas, bien con el depósito de la cantidad que importen ó con fianza que hayan otorgado á satisfacción y bajo la responsabilidad del Administrador de la aduana respectiva, y que exhiban además copia simple del escrito y demás documentos que presenten".

Los procedimientos judiciales se dividen en dos categorías: juicios penales y juicios civiles. Estos, a su vez, en dos clases: juicios civiles de menor cuantía, cuando el monto de las prestaciones no excede de un mil pesos, y que corresponden a los juicios verbales de la Ordenanza anterior; y juicios de mayor cuantía, cuando el importe del crédito fiscal es superior a mil pesos. Equivalen a los juicios sumarios de la Ordenanza de 1885. Las particularidades de mayor relieve, dignas de anotarse, son las siguientes: procedía el recurso de apelación en el efecto devolutivo contra la sentencia definitiva dictada en el juicio de menor cuantía

(fracción VI del artículo 583), y en ambos efectos en los juicios de mayor cuantía (fracción VI del artículo 584). El particular estaba obligado a mejorar el recurso, no así la "parte fiscal" (artículo 587). Procedía la recusación con causa tanto de los jueces de distrito como de los magistrados de circuito. El procedimiento era similar en los juicios de menor y mayor cuantía, salvo los plazos y términos que eran breves en los primeros. Privaba el principio de oralidad, con sus conocidas características de ausencia de recursos contra las resoluciones dictadas en el proceso, brevedad de plazos y términos y concentración procesal.

Contra la ejecutoria pronunciada en segunda instancia por el Tribunal de Circuito era procedente el recurso de súplica ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siempre que el monto del juicio excediera de cinco mil pesos (artículo 592).

La Ley sobre Contribuciones Directas que se causan en el Distrito Federal, de 9 de abril de 1885, publicada en el *Diario Oficial* del día siguiente, estableció cuatro clases de impuestos, a saber:

"Art. 1º Se causan en el Distrito Federal las contribuciones directas siguientes:

- I. Contribución sobre productos de fincas ubicadas en la Capital.
- II. Contribución sobre valores de fincas y predios rústicos ubicados fuera de la capital, y sobre terrenos y lotes erizados dentro de la misma.
- III. Contribución sobre profesiones y ejercicios lucrativos.
- IV. Derecho de patente sobre establecimientos mercantiles, industriales y talleres de artes y oficios."

Un análisis, desde el punto de vista del Derecho fiscal, de la anterior disposición, pone de manifiesto lo impropio de las denominaciones adoptadas para clasificar estos tributos, cuya verdadera naturaleza es la de impuestos que gravan diversas fuentes de ingresos, según puede observarse.

En su artículo 58 crea las Juntas Revisoras encargadas de resolver las reclamaciones de los causantes inconformes con las cuotas asignadas por las juntas calificadoras. Se trata, inquestionablemente, de organismos administrativos a quienes se atribuye competencia para vigilar la legalidad de los actos de la administración, mediante una función de tutela. En el capítulo relativo al ejercicio de la facultad económica coactiva dispone que los casos continuados se harán valer ante los jueces de distrito (artículo 86). La naturaleza del juicio y la apelabilidad de

la sentencia, cuando el valor de los bienes excedía de trescientos pesos, estaba prevista por el artículo 87:

"Art. 87.— Las contiendas serán dirimidas por el Juzgado de Distrito en juicio verbal, cualquiera que sea el valor de los bienes que se versen en la cuestión, y la sentencia será apelable siempre que el interés exceda de trescientos pesos."

El artículo 95 remitía al órgano judicial la decisión de las tercerías, las que debían interponerse ante el Juez de Distrito, "quien hará la debida calificación teniendo en cuenta la prelación que al adeudo fiscal corresponde conforme á las leyes".

La posesión de las fincas rematadas a través del procedimiento económico coactivo podía efectuarse, a solicitud del adquirente, "con las solemnidades judiciales", para cuyo efecto se remitía el expediente al Juez de Distrito en turno, quien debía proceder a costa del interesado, "con citación de colindantes, arrendatarios y demás interesados" (artículo 117).

El 25 de abril de 1893 se expide la Ley de la Renta Federal del Timbre, cuyo artículo 161 concede al particular el derecho de acción para impugnar en la vía judicial las resoluciones administrativas pronunciadas con motivo de infracciones a la propia Ley. El multado podía optar por ocurrir a la Secretaría de Hacienda o al Juzgado de Distrito, para formular las reclamaciones que estimara conducentes, "pero una vez adoptada una de estas vías, no podía abandonarla para seguir la otra".

El procedimiento era oral y se tramitaba en la siguiente forma: "

"I. Reunidos el multado, el Administrador del Timbre, ó el empleado á quien éste nombre para que haga sus veces, y el Promotor Fiscal, el primero formulará demanda que contestará el segundo por voz del Promotor, pudiendo haber réplica y dúplica.

"II. Si no se promueve prueba, alegarán las partes, y el Juez fallará acto continuo.

"III. Si hubiere necesidad de prueba, se abrirá con este objeto un término que no exceda de diez días, durante el cual podrán rendirse todas las que en derecho procedan; pero la testimonial será pública y se recibirá en presencia de las dos partes, que podrán sin limitación interrogar á los testigos, levantándose de todo el acta correspondiente.

18 Artículo 162.

"IV. Concluido el término de prueba, se oírán dentro de tres días á más tardar, una audiencia en la que el Juez oír á los alegatos y pronunciará su fallo."

Las sentencias eran apelables cuando la cuantía del negocio excedía de quinientos pesos pero, rezaba la fracción V del artículo 162, "aunque las multas fueren de menor suma, el Juez elevará los autos al Tribunal de Circuito para que examine si aquel ha incurrido en responsabilidad, la cual castigará de oficio".

La inactividad procesal del actor por "diez días seguidos sin causa justificada" originaba la caducidad del procedimiento, debiendo dictarse resolución, a solicitud del Promotor Fiscal, en la que se absolvía de la demanda al Fisco. (Artículo 163.)

En este juicio verbal no eran recusables los jueces, y debía asegurarse previamente el interés fiscal con depósito ó fianza (artículos 166 y 167).

Esta ley fue abrogada por la del 1º de junio de 1906, en vigor a partir del 1º de noviembre del mismo año. En este nuevo ordenamiento no se varía el sistema de la ley anterior, salvo en lo relativo al procedimiento, cuya regulación omite para remitir expresamente a "las disposiciones que para los juicios sumarios establece el Código de Procedimientos Federales" (artículo 300). Instituye como condición de procedibilidad el aseguramiento previo del interés fiscal:

"Art. 305. Ni la Secretaría de Hacienda ni los Jueces de Distrito, darán entrada á reclamación ó solicitud de gracia, si no se acredita que están asegurados el impuesto y la multa con fianza ó satisfacción de la oficina del Timbre, ó con depósito. La Secretaría de Hacienda podrá dispensar el aseguramiento de la multa ó reducir el monto de la caución, según las circunstancias especiales del caso."

A este mismo sistema judicial o anglosajón se adscribe el juicio sumario previsto por el Código Federal de Procedimientos Civiles de 26 de diciembre de 1908, cuyo artículo 590 rezaba:

"Art. 590. Se tramitarán y decidirán en la vía sumaria las controversias que se susciten sobre:

...

VIII. Controversias que resultan del ejercicio de la facultad económico-coactiva."

Acorde con esta regla jurídica se crea en la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación de 10 de febrero de 1926,¹⁴⁴ el juicio sumario de oposición, que debía iniciarse por el deudor inconforme ante el Juzgado de Distrito correspondiente dentro del plazo de treinta días contados a partir del siguiente en que hubiere garantizado el interés fiscal.

Por otra parte, las tercerías excluyentes de dominio o de preferencia se tramitaban de acuerdo con el procedimiento previsto por el Código Federal de Procedimientos Civiles, pudiendo agotarse, previamente, el recurso administrativo de revisión previsto por el artículo 68 de la Ley.

Este juicio sumario de oposición se encuentra, también, en la Ley Orgánica de la Tesorería de la Federación de 30 de diciembre de 1932, publicada en el *Diario Oficial* del día siguiente, que vino a abrogar a la ley anterior.

La oposición contra el procedimiento económico-coactivo que para hacer efectivos los créditos fiscales estaba facultada a seguir la Tesorería procedía, según el artículo 32 de la ley citada en último término, cuando se demandaba de la autoridad judicial la declaración de que la persona afectada no era deudora del crédito, no tenía responsabilidad exigible, el crédito era inexistente, se había extinguido legalmente, o bien el monto del mismo era inferior al exigido.

El plazo para iniciar el juicio, previo aseguramiento del interés fiscal, era de quince días contados a partir del siguiente al requerimiento de pago, y la substanciación del mismo se sujetaba a las reglas del juicio sumario previsto por el Código Federal de Procedimientos Civiles, estableciéndose ciertas reglas especiales, como la carga de acompañar copia de los documentos para el traslado a la autoridad ejecutora, para que ésta, dentro del plazo de tres días, rindiera un informe justificando de los procedimientos seguidos (artículos 34, 51, 52, 53 y 54). El artículo 55 disponía que en la sentencia, los jueces consideraran y apreciaran los hechos y puntos de derecho aducidos y fijados por la oficina ejecutora.

Todos estos preceptos quedaron abrogados al entrar en vigor la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936.

El Contencioso-tributario a partir de la Constitución de 1917

Vamos a iniciar el estudio de una de las más interesantes etapas del proceso fiscal en el derecho mexicano.

¹⁴⁴ *Diario Oficial* de la Federación de 19 de marzo de 1926.

El recurso de súplica.

El artículo 104, fracción 1, de la Constitución de 1917 abrió una nueva fase procesal dentro del contencioso tributario, al incorporar en la Ley fundamental el recurso de súplica ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contra las sentencias que se dictaran en segunda instancia por los tribunales federales o bien por los del orden común en los casos de jurisdicción concurrente. El precepto constitucional, *in fine*, decía: "De las sentencias que se dicten en segunda instancia, podrán suplicarse para ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, preparándose, introduciéndose y substanciándose el recurso en los términos que determinare la ley" (este recurso ya lo contemplaba, como antes vimos, la Ordenanza General de Aduanas Marítimas y Fronterizas de 1891).

El recurso se reglamentó en la Ley de Amparo de 1919, y ello ha provocado el siguiente comentario de Burga:

"Como una modalidad propia de la legislación de 1919, debemos anotar la circunstancia de que consagra indeliblemente el recurso de súplica. Afirmamos que esta consagración es indebida e impropia en una ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, porque el recurso de súplica no es un medio de control de constitucionalidad, autónomo y sui generis, como el juicio de amparo, sino un conducto procesal mediante el cual se abre una tercera instancia en los juicios que hayan versado sobre aplicación y cumplimiento de leyes federales o de los tratados internacionales, no teniendo ninguno de los objetivos de protección constitucional que al amparo corresponden, de acuerdo con el artículo 103 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional federal que conoce del recurso de súplica, no ejerce, al substanciarlo y resolverlo, ninguna función político-constitucional, es decir, de mantenimiento o conservación del orden establecido por la Constitución, sino un mero control de legalidad de las disposiciones federales y de los tratados internacionales.

Habiendo, pues, profundas diferencias entre el recurso de súplica y el juicio de amparo, los autores de la ley de 1919 incurrieron en un error al incluir la reglamentación del primero en ella.

Dicha ley establecía un principio de exclusión entre el amparo y la súplica, al disponer que el interesado podía optar por cualquiera de los dos, pero que escogiendo o interponiendo uno

de dichos recursos (latu sensu), perdía el derecho de ejercitar el otro."¹⁰⁰

Este recurso desapareció del derecho mexicano al suprimirse del texto del artículo 104 constitucional, por reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de 18 de enero de 1934.

El reacertamiento administrativo

Dentro de la vigencia de la Constitución de 1917 sólo encontramos, hasta la Ley de Justicia Fiscal de 1936, el contencioso tributario adscrito a la órbita del Poder Judicial. Fuera de él menudean los recursos administrativos y los órganos de la misma naturaleza, cuya función se limita a la autodefensa de la administración.

La Ley para la Calificación de las Infracciones a las Leyes Fiscales y la Aplicación de las Penas correspondientes, publicada en el *Diario Oficial* de 16 de abril de 1924, crea el Jurado de Penas Fiscales, para imponer las multas cuyo monto excedía de veinte pesos (artículo 8°). Sus resoluciones eran revisables por la Secretaría de Hacienda.

Esta Ley fue abrogada por la de 9 de julio de 1924 (*Diario Oficial* de 2 de agosto del mismo año) que atribuye al Jurado de Penas Fiscales la facultad de tramitar y resolver el recurso de revisión interpuesto por los particulares contra las multas impuestas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por sí misma, o por medio de las Oficinas Recaudadoras. Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 7 de junio de 1926 se cambia la denominación del Jurado, asignándosele la de "Jurado de Infracciones Fiscales".

El Reglamento de la Ley para la Recaudación de los Impuestos sobre sueldos, salarios, emolumentos, honorarios y utilidades de las sociedades y empresas, de 21 de febrero de 1924 (*Diario Oficial* de 28 de febrero de 1924), establece un recurso administrativo (revisión), ante la Junta Revisora. Esta junta se integraba con el Secretario de Hacienda o su representante, el representante de la Secretaría de Industria y Comercio, el Director General del Timbre o su representante y dos personas nombradas por el Secretario de Hacienda (artículo 21). El recurso podía ser interpuesto tanto por el causante como por la autoridad fiscal (artículo 26).

La Ley del Impuesto sobre la Renta de 18 de marzo de 1925 prevé que "una Junta Revisora conocerá, en última instancia, de las inconformidades de los causantes" contra las resoluciones de las Juntas Cali-

ficadoras (artículo 40). El recurso debía interponerse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la notificación de la calificación, previo aseguramiento del interés fiscal (artículo 87 del Reglamento de la Ley, publicado en el *Diario Oficial* del 29 de abril de 1925). Esta Junta se integraba con dos representantes del Ejecutivo, "que serán nombrados: uno por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, y el otro, por el de Industria, Comercio y Trabajo"; por el Director General del Timbre o su representante; y por dos representantes de los causantes nombrados por el Secretario de Hacienda y Crédito Público (artículo 76 del Reglamento). El recurso podía ser interpuesto tanto por el causante como por los jefes de las oficinas receptoras. Estos gozaban para hacerlo valer, de un plazo de diez días contado a partir de la fecha de la sesión en que se hubiese dictado la resolución de la Junta Calificadora (artículo 89 del Reglamento).

La Ley de Organización del Servicio de Justicia en Materia Fiscal para el Departamento del Distrito Federal, de 11 de febrero de 1929, publicada en el *Diario Oficial* el 7 de marzo del mismo año, instituye el Jurado de Revisión "como supremo órgano administrativo fiscal para conocer el recurso de revisión" establecido por la misma ley. El jurado conocía, en la vía administrativa, de todas las inconformidades presentadas en los casos previstos por las tres fracciones que integraban el artículo 13:

"I.— Por los causantes inconformes con las resoluciones de las Juntas Calificadoras y de las demás autoridades fiscales, por las que les fije una obligación fiscal a su cargo. La inconformidad podrá referirse a la extensión de la obligación, particularmente al monto de un gravamen impuesto o a la inexistencia misma de la obligación.

II.— Por las autoridades fiscales encargadas de la administración general de un impuesto determinado, cuando la repartición o derrama de éste debe hacerse por Juntas Calificadoras, si aquellas están inconformes con las resoluciones de éstas.

III.— Por los infractores o presuntos infractores de las leyes y demás disposiciones fiscales, inconformes con las resoluciones de las autoridades fiscales por las que se les declare infractores y se les imponga una sanción. La inconformidad podrá referirse a la existencia misma de la infracción o a la clase o extensión de la sanción aplicada."

El particular gozaba de un plazo de quince días para interponer el recurso, y la autoridad de sesenta días, para el mismo fin. Su trámi-

¹⁰⁰ Burgos, Ignacio. *El juicio de amparo*. Octava edición. México, 1971, p. 133.

tación era sencilla, pues se limitaba a la presentación del escrito de in-conformidad;^{128 b1} a dar aviso a los interesados para que si lo estimaban conveniente se adhiriesen al recurso, dentro del plazo de quince días; a la admisión del recurso por el Jurado de Revisión; a la fijación de un plazo de prueba, que era de veinte días prorrogable por veinte más; y a dictar la resolución que ponía fin al recurso.

El sistema judicialista o anglosajón en el Derecho Mexicano

El sistema judicialista o anglosajón resurge en el Derecho mexicano como consecuencia de la interpretación doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de los artículos 97, fracción I, de la Constitución de 1857 y su equivalente, el artículo 104, fracción I, de la Constitución de 1917.

Gabino Fraga y Antonio Carrillo Flores han comentado, en posiciones antagónicas, los alcances de la norma jurídica referida por la fracción I de dichos preceptos constitucionales. El primero, en su *Derecho Administrativo*, pretende realizar una interpretación sistemática de la disposición constitucional, relacionándola con los artículos 14, 103 y 107 del mismo Código Fundamental. Refiere que no puede hacerse extensiva la competencia de los tribunales federales para conocer de las controversias del orden administrativo cuando la fracción I del artículo 104 constitucional, sólo los faculta para resolver "las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de leyes federales...", pues el constituyente ha dado a estos términos su significación natural, como se desprende del texto de los artículos 14 y 107 constitucionales.

Por otra parte, agrega, no se explica cómo el artículo hable de controversias que se susciten por *actos de autoridad*, y a renglón seguido, en el artículo 104, se use una expresión diferente, como lo es la de "controversia del orden civil", si se le quiso dar la misma connotación conceptual. Ello sólo significa, a su juicio, la exclusión, en este último precepto, de las controversias de orden administrativo.¹²⁹

Disentimos de la interpretación de Fraga (quien sobre el particular sigue la tesis de Rafael Ortega y de Emilio Rabasa) con apoyo en los argumentos aducidos por Antonio Carrillo Flores, cuya opinión viene a sumarse a la conocida como "Tesis Mariscal", que concretamos como sigue: el texto de la fracción I del artículo 97 de la Constitución

de 1857, correspondiente a la fracción I del artículo 104 de la Ley fundamental vigente, comprende la competencia de los tribunales federales para conocer del contencioso administrativo, siempre y cuando exista una Ley reglamentaria que delimite dicha competencia y establezca el derecho de acción, el procedimiento, los derechos, cargas y obligaciones procesales de las partes, así como de los demás sujetos procesales. Esta postura doctrinaria tiene como fundamento el origen de la norma constitucional en comentario. Ella se tomó de "la sección segunda del artículo 3° de la Constitución Norteamericana, en el punto en que establece que la jurisdicción de los tribunales federales se extenderá a todos los casos que en derecho o en equidad surjan de la Constitución, de las Leyes de Estados Unidos y de los tratados"¹³⁰ y la jurisprudencia norteamericana siempre ha exigido para su aplicación "que la acción que se pretenda hacer valer encuentre apoyo en una norma legal complementaria, aunque ésta no tenga el carácter de una norma de derecho escrito, sino jurisprudencial, en los antiguos casos del 'common-law' y del derecho de equidad"¹³¹.

En este mismo sentido se pronuncia, también Manuel M. Cruzado, quien llega a la conclusión de que "no existe una sola de las cuestiones pertenecientes a lo que se llamó contencioso administrativo, que no se encuentre comprendida en los casos sujetos a la decisión de los Tribunales federales..."^{132 b1}

El problema, si bien quedaba resuelto respecto del texto de la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 1857, en cuanto facultaba a los Tribunales de la Federación para conocer de todas las controversias que se suscitasen sobre cumplimiento y aplicación de las leyes federales, no desvirtuaba la objeción formulada por Fraga en relación con la fórmula contenida en la fracción I del artículo 104 de la Constitución de 1917. En ella se habla de controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales, lo que hizo pensar a algunos de nuestros juristas, y entre ellos al mismo Fraga, que la competencia se había limitado, para excluir de ella al contencioso-administrativo.

El alcance conceptual de la norma está plenamente demostrado en el alegato de Carrillo Flores, cuyo comentario iniciamos al contemplar la situación que previó durante la vigencia de la Constitución Federal de 1824: "Ciertamente, nos dice, que la norma habla de controversias 'civiles'

^{128 b1} Cuando el importe de la obligación fiscal no excedía de \$ 50.00, el recurso podía ser interpuesto en forma verbal. Artículo 15, fracción I, inciso a), de la Ley en comentario.

¹²⁹ Fraga, Gabino. *Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1962. Novena edición pp. 403 y 404.

¹³⁰ Carrillo Flores, Antonio. *La defensa*, p. 205. Así también en *La justicia federal*, p. 181.

¹³¹ *Ibidem*, pp. 207 y 102, respectivamente.

^{132 b1} *Fuentes de derecho administrativo*. Antigua Imprenta de Eduardo Murguía, México, 1895, p. 217.

y no de 'administrativas', pero ello es porque, conforme a la tradición anglo-norteamericana, cuando el precepto se redactó no se había reconocido la autonomía de lo 'administrativo' y no porque se pretendiera excluirlo. Así lo entendió toda la legislación secundaria posterior a 1857, de manera que, según un conocido principio de interpretación, como la Carta de 17 reprodujo la fórmula, ha de inferirse que sancionó dicho sentido como el verdadero."¹⁴⁰

Robustece el criterio anterior la opinión de Nava Negrete, quien se remite a lo expuesto en el dictamen de la Comisión sobre los artículos 103, 104, 105 y 106 del Proyecto de Constitución reformada, que correspondieron a los artículos 104, 105, 106 y 103 del texto aprobado. Al efecto transcribe el siguiente párrafo del aludido dictamen:¹⁴¹

"El artículo 103 fija la competencia de los tribunales de la Federación, según las mismas nociones que inspiraron la organización de ese Poder en la Constitución de 1857, y que consisten, principalmente, en que sea un Poder de carácter federal netamente, es decir, que resuelva los conflictos entre las entidades federales o entre éstas y la Federación, y que conozca de algunos asuntos que por su naturaleza misma tienen relación con la Federación, por tocar en algo a las relaciones diplomáticas de la nación mexicana con los demás países, o bien que no pueden localizarse en un Estado, como son las de Derecho Marítimo."¹⁴²

A continuación, este autor hace el siguiente comentario: "Queda en claro que no es una simple repetición de fórmulas, de contenidos sino más bien de significaciones, de contenidos, pese a la literalidad del artículo 104, fracción I de la Constitución de 1917. Por lo cual, no haciendo distinción alguna la Constitución de 1857 sobre la especie de controversias de que conocerían los tribunales federales (según la fracción I del artículo 97) 'De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales', es incontestable que las controversias administrativas no fueron excluidas por la fracción I del artículo 104 de la Constitución de 1917."

A los razonamientos anteriores hemos de agregar que una interpretación sistemática de la norma en cuestión, como lo pretende Fraga, resulta errónea e inadecuada, pues el constituyente no es nunca un cuerpo técnico (y no lo fue en México) que cuide, en sus mínimos detalles, la debida concatenación lógico-jurídica de los vocablos utilizados en la redacción de las normas constitucionales. Al elaborarse una

constitución se atiende, primordialmente, a la realización de una tendencia filosófico-social y a la configuración política de un Estado, pero de manera alguna podemos exigir la cabal correspondencia lingüística de los vocablos usados, tanto más cuando en la discusión y aprobación de cada precepto intervienen ciudadanos de diversas corrientes ideológicas que hacen prevalecer su criterio, aun cuando sean profanos en la ciencia del derecho.

El contencioso-tributario dentro de la concepción del contencioso-administrativo continental europeo

Debese al régimen de Lázaro Cárdenas, segundo en realizaciones sociales, la institución en México del Tribunal Fiscal de la Federación, órgano formalmente administrativo que vino a ejercer, con carácter de delegadas, funciones de naturaleza jurisdiccional. Y es precisamente el 1º de enero de 1937, al entrar en vigor la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936, cuando nace en la República Mexicana el proceso tributario bajo la concepción del contencioso-administrativo continental europeo.

La Ley de Justicia Fiscal fue un código procesal que no incluyó precepto alguno de naturaleza sustantiva, limitándose a estructurar al Tribunal Fiscal de la Federación, a señalar sus atribuciones, determinando la competencia del Pleno y de las Salas (normas procesales orgánicas). Asimismo, señalaba los derechos, obligaciones y cargas procesales de las partes y establecía las formas y ritos del procedimiento.

En cambio, el legislador, al expedir el Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1938,¹⁴³ creó un ordenamiento híbrido que comprende normas tributarias de carácter material, de naturaleza procedimental (la llamada fase oficiosa del procedimiento administrativo de ejecución) y normas procesales.

El Código Fiscal de 30 de diciembre de 1938 contempla el proceso tributario, salvo escasas modificaciones, de la misma manera que la Ley de Justicia Fiscal, sin alterar ni la organización ni la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación.

Originariamente, en la Ley de Justicia Fiscal, se integró el Tribunal con quince magistrados para funcionar en pleno y en cinco salas de tres magistrados cada una. La misma estructura se reitera en el Código Fiscal de 1938 y no es sino hasta el 28 de diciembre de 1946, por decreto publicado en el *Diario Oficial* el día 31 del mismo mes, que se amplía el número de magistrados a veintinueve y el de las Salas a siete.

¹⁴³ La Ley de Justicia Fiscal fue abrogada por el Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1938, en vigor a partir del 1º de enero de 1939.

¹⁴⁰ *La defensa*, p. 205. Así también, en *La Justicia Federal*, p. 180.

¹⁴¹ Ob. cit. pp. 291 y 292.

¹⁴² *Diario de los Debates*, Tomo II. Núm. 65. 52a. sesión ordinaria, p. 457.

Posteriormente, por reforma de 29 de diciembre de 1961, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de fecha 30 del mismo mes, se aumenta el número de magistrados a veintidós, determinándose que el Presidente no integrará normalmente ninguna de las Salas, salvo para suplir a los demás magistrados en sus faltas temporales que no excediesen de un mes.¹⁴⁴

A partir del 1º de abril de 1967 entró en vigor el nuevo Código Fiscal de la Federación, promulgado el 30 de diciembre de 1966 y publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 19 de enero de 1967.

La evolución del contencioso-tributario a partir de la *Ley de Justicia Fiscal* será objeto de nuestra particular atención en las páginas subsiguientes, por ello nos abstenemos, por ahora, de hacer comentario especial sobre los tres ordenamientos citados en párrafos anteriores. Veremos, pues, cómo la competencia típicamente fiscal se va ampliando con una tendencia marcada hacia la configuración de un contencioso-administrativo; comentaremos la génesis de dos nuevos recursos (de revisión) ante el Pleno del Tribunal y ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como las bondades del sistema oral, que ha permitido al Tribunal Fiscal de la Federación incrementar su área de competencia hacia campos que antes hubiesen parecido inusitados, como el conocimiento y solución de los litigios emergentes del accertamiento o bien del cobro de una prestación laboral que al incrementar el salario se ha destinado a la creación del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores.^{145 b}

Iniciemos, pues, la marcha por el anchuroso mundo del tributo, de la administración y del proceso.

¹⁴⁴ De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 82 de la *Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación* en vigor a partir del 1º de abril de 1967, corresponde, por turno, a los magistrados de las otras salas, cubrir estas faltas temporales. Vid., *infra*, p. 123.

^{145 b} Artículo 54 de la *Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores*.

20. Exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY DE JUSTICIA FISCAL

(DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 31 DE AGOSTO DE 1936)

Con motivo de la promulgación de la Ley de Justicia Fiscal, que se realiza en ejercicio de las facultades que para la organización de los servicios hacendarios fueron concedidas al Ejecutivo por el Congreso General en decreto de 30 de diciembre de 1935, es conveniente dar a conocer las ideas directrices de dicha ley, que representa el primer paso para crear en México tribunales administrativos dotados de la autoridad -tanto por lo que hace a facultades, como a forma de proceder y a situación orgánica- que es indispensable para que puedan desempeñar con eficacia funciones de control de la Administración activa en defensa y garantía del interés público y de los derechos e intereses legítimos de los particulares.

Naturalmente que para la redacción de la ley se ha atendido, procurando armonizarlos, tanto a los antecedentes particulares de México, consignados en especial en la Ley Orgánica de la Tesorería, en la ley para la Calificación de las Infracciones a las Leyes Fiscales y en la legislación y jurisprudencia sobre el juicio de amparo, particularmente en lo relativo a la materia administrativa, como a las orientaciones más respetables de la doctrina procesal, en concreto de la que se ocupa del problema de la justicia administrativa y, todavía de modo específico, del proceso tributario.

Previamente se examinó, como era preciso, la constitucionalidad de acoger los principios fundamentales en que se sustenta la justicia administrativa, consultándose con ese propósito la opinión del señor Procurador General de la República, consejero jurídico del Gobierno. Se aceptó así que si bien era tradicional en el siglo pasado el argumento de que el cobro de impuestos y demás prestaciones fiscales mediante el

ejercicio de la facultad económico-coactiva solo es constitucional cuando la autoridad ejecutora no pretende resolver ningún punto contencioso, reservando todo aquel que tenga ese carácter al juicio que debe darse de seguirse ante los tribunales federales, hoy la jurisprudencia de la Suprema Corte -en laudable acomodamiento a las necesidades sociales siempre en curso- edifica su tesis acerca de la constitucionalidad de la facultad económico-coactiva en una interpretación del artículo 22 constitucional, en la parte en que este precepto establece que "no se considerará como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito o para el pago de impuestos o multas". La Suprema Corte ha entendido este precepto desvinculándolo en dos mandamientos distintos, a saber: que no es confiscatoria la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito y que tampoco lo es la aplicación total o parcial que de esos bienes se realiza para el pago de impuestos o multas, pero ya no precisamente por la autoridad judicial, sino por la que conforme a la ley sea competente.

La Suprema Corte ha concluido, pues, que es problema de ley secundaria el de organizar las competencias de las autoridades en punto a cobro de impuestos o multas. Ya en este plano, es indiscutible que resulta más lógico y conveniente para todos -no sólo para el Fisco sino para los causantes mismos- que la liquidación y el cobro de los impuestos y demás prestaciones fiscales no se lleva a cabo dentro de la desordenada legislación en vigor, que presenta interferencias carentes de todo apoyo jurídico o de utilidad práctica, entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas, sino al amparo de un sistema lógico y congruente en el que, sin que se olviden las garantías que el particular necesita, haya un conjunto de principios que ordenen y regulen la liquidación y el cobro de tales prestaciones

a través de los dos períodos que la doctrina reconoce: el período oficioso y el período contencioso, que es el que tendrá a su cargo el Tribunal.

En alguna otra ocasión, la propia Suprema Corte, recordando los caracteres del acto administrativo, o mejor, de la decisión ejecutoria, afirmó que el cobro de los impuestos no constituye un derecho incorporado a la capacidad privada del Estado, sino que debe efectuarse mediante el ejercicio de atribuciones de Poder Público que se concretan en mandamientos unilaterales y ejecutivos que no requieren, ni para su validez ni para su cumplimiento, la sanción previa de órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de que los particulares afectados puedan, a posteriori, iniciar la revisión en la vía jurisdiccional de tales mandamientos.

Ahora bien, si el cobro de los impuestos se sitúa dentro de los actos administrativos cuyo examen en la vía jurisdiccional ha de realizarse con posterioridad a su emisión, ya no se ve el motivo para el que esa revisión tenga que efectuarse —en última instancia— dentro de un procedimiento judicial ordinario y no dentro del juicio de amparo que, tradicionalmente, ha sido en México el que ha ofrecido el camino para tal revisión.

A este respecto conviene recordar que en una tendencia respetable de la doctrina constitucional mexicana, es el juicio de amparo la única vía para la intervención de la autoridad judicial en asuntos administrativos, por lo que, mientras el amparo se respete no será herido el sistema; pero que, aun dentro de la orientación que piensa que la fracción I del artículo 97 de la Constitución de 1957, correspondiente a la fracción I del artículo 104 de la Constitución de Querétaro, da un camino diverso del juicio de garantías, se exige la existencia de una ley reglamentaria para que lo que se considera como una simple posibilidad constitucional se traduzca en un procedimiento que efectivamente pueda abrirse ante los tribunales federales.

Dentro de la primera corriente nada puede objetarse en contra de la ley, supuesto que ésta no coarta en lo absoluto el derecho de los particulares para acudir al juicio de garantías, y ninguna objeción sería válida aun dentro de las concepciones en que se apoya la segunda opinión, porque examinado de acuerdo con ella, el nuevo estatuto no significa otra cosa sino que en la materia tributaria se abandona, por inconveniente, una mera posibilidad de intervención de la autoridad judicial ordinaria en asuntos administrativos.

En cuanto al problema de la validez constitucional de la ley que crea un tribunal administrativo en sentido formal, ha de resolverse afirmativamente, pues si bien, como unánimemente se reconoce en la doctrina mexicana no pueden crearse tribunales administrativos independientes en absoluto, esto es, con capacidad para emitir fallos no sujetos ya al examen de ninguna autoridad, dado que existe la sujeción, ya apuntada, a los tribunales federales en vía de amparo, nada se opone, en cambio, a la creación de tribunales administrativos que, aunque independientes de la Administración activa, no lo sean del Poder Judicial.

Por lo demás, es innegable que la jurisprudencia mexicana, a partir sobre todo de 1929, ha consagrado de una manera definitiva que las leyes federales, y en general todas las leyes, pueden conceder un "recurso o medio de defensa para el particular perjudicado", cuyo conocimiento atribuyan a una autoridad distinta de la autoridad judicial y, naturalmente, en un procedimiento diverso del juicio de amparo. Mas aún, la jurisprudencia de la Suprema Corte ni siquiera ha establecido que ese recurso o medio de defensa sea paralelo respecto del juicio de amparo, sino que inclusive ha fijado que la prosecución de aquí constituya un trámite obligatorio para el particular, previo a la interposición de su demanda de garantías. Esta tesis de la Corte no solamente ha sancionado los recursos propiamente administrativos (el de oposición ante la propia autoridad,

llamado entre nosotros de "reconsideración y el jerárquico" sino también los procedimientos jurisdiccionales: La Junta Revisora del Impuesto sobre la Renta, el Jurado de Infracciones Fiscales y el Jurado de Revisión del Departamento del Distrito (para no citar sino unos cuantos ejemplos típicos) han podido funcionar sin que en ningún momento la Suprema Corte haya objetado su constitucionalidad.

Todavía más: en múltiples ocasiones al interpretarse el artículo 14 constitucional que establece la garantía del juicio, la jurisprudencia ha sostenido que no es necesario que ese juicio se tramite precisamente ante las autoridades judiciales, con lo que implícitamente se ha reconocido la legalidad de procedimientos constanciosos de carácter jurisdiccional, tramitados ante autoridades administrativas.

El más alto tribunal de la República fijó estas tesis frente a organismos y a procedimientos que no presentaban todos los caracteres de organismos y procedimientos jurisdiccionales, particularmente lo que toca a su independencia frente a la Administración activa: por ello confía el Ejecutivo en que con mayor razón se reconocerá la constitucionalidad de un cuerpo como el Tribunal Fiscal de la Federación, que desde los puntos de vista orgánico, formal —en cuanto a formas de proceder y no a poder en que está colocado— y material, será un tribunal y ejercerá funciones jurisdiccionales.

El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo (lo que no implica ataque al principio constitucional de la separación de Poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos): pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo, por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un tribunal administrativo de justicia delegada, no de

justicia retenida. Ni el Presidente de la República ni ninguna otra autoridad administrativa, tendrán intervención alguna en los procedimientos o en las resoluciones del Tribunal. Se consagrará así, con toda precisión, la autonomía orgánica del cuerpo que se crea: pues el Ejecutivo piense que cuando esa autonomía no se otorga de manera franca y amplia, no puede hablarse propiamente de una justicia administrativa.

La delegación de facultades del Poder Ejecutivo a un órgano distinto, que se efectúa mediante una ley, no es una novedad en nuestro derecho. Así, no se ha discutido la posibilidad constitucional de crear entre nosotros establecimientos públicos, servicios descentralizados, en los que, salvo para dictar las resoluciones que restrictivamente enumera el estatuto de los respectivos establecimientos, el Presidente de la República y los Secretarios de Estado pierden toda facultad decisoria. No quiere decir esto que el Tribunal Fiscal de la Federación vaya a ser un establecimiento público, un servicio descentralizado o personalizado, con la connotación que a estos términos señala la teoría del derecho administrativo ni, consecuentemente, que tenga la estructura de tales entidades. Si se menciona a dichos establecimientos, es sólo para mostrar que en el derecho mexicano no es desconocido que mediante una ley se crea un órgano que por delegación ejerce, sin intervención ni del Presidente de la República, ni de los Secretarios de Estado, facultades que corresponden al Poder Ejecutivo.

Naturalmente que dictado el fallo por el Tribunal, su ejecución, mediante actos que sí corresponden a la Administración activa y que por tanto deben emanar del Presidente de la República con refrendo de su Secretario o de este simplemente, ejercitando sus funciones representativas propias, queda a cargo de la autoridad demandada. El Tribunal pronunciará tan sólo fallos de nulidad de las resoluciones impugnadas; pero con el fin de evitar los inconvenientes que presenta ahora la ejecución de las sentencias de amparo, que también son fallos de nulidad, y

que frecuentemente se prolonga a través de una o varias quejas en las que en forma escalonada el tribunal judicial va controlando la ejecución de su sentencia, en la Ley se establece que el fallo del Tribunal Fiscal que declare una nulidad, indicará de manera concreta en qué sentido debe dictar nueva resolución la autoridad fiscal.

La autonomía del Tribunal debe complementarse con garantías para los magistrados que lo integren. Para tal efecto, se ha adoptado el mismo estatuto que las leyes constitucionales señalan para los miembros del Poder Judicial de la Federación. Dentro de estas ideas se establece la ratificación del Senado, tanto para el nombramiento como para la remoción de los magistrados, invocándose la fracción II del artículo 76 constitucional que habla de los altos empleados de Hacienda. Es correcta la cita, porque la Constitución no habla de "altos empleados de la Secretaría de Hacienda", y es indudable que los magistrados serán altos empleados de Hacienda, si bien no de la Administración activa, sino del órgano de justicia fiscal. Por otra parte, el examen de los antecedentes del Constituyente de 1857, revela que el precepto fue incluido en nuestro estatuto fundamental con la mira de que los altos empleados de Hacienda pudiesen desempeñar sus funciones de control respecto del Gobierno, con la confianza de que ocupan sus puestos no por voluntad exclusiva de dicho Gobierno, sino no con asentimiento del Congreso; y es indudable que en el Tribunal Fiscal de la Federación, más que en ninguno de los cuerpos que directa o indirectamente dependen de la Secretaría de Hacienda, se sentirá la necesidad de que los magistrados actúen con esa confianza. Eso justifica que, haciendo inaplicables a los magistrados las reglas que fijan la responsabilidad administrativa de quienes intervienen en la determinación, liquidación y cobro de los créditos fiscales, únicamente se les hagan responsables en los casos en que los miembros del Poder Judicial, y, como es obvio, previa la instauración de un procedimiento judicial de carácter penal.

Para la división del trabajo se ha propuesto organizar el Tribunal en Salas, y con el objeto de evitar jurisprudencias contradictorias, se ha establecido que el Pleno podrá intervenir, a instancia de alguno de los magistrados o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para fijar esa jurisprudencia cuando las Salas pronuncien fallos divergentes.

El contencioso que se regula será lo que la doctrina conoce con el nombre de contencioso de anulación. Será el acto y a lo sumo el órgano, el sometido a la jurisdicción del Tribunal, no el estado como persona jurídica. El Tribunal no tendrá otra función que la de reconocer la legalidad o de declarar la nulidad de actos o procedimientos. Fuera de esa órbita, la Administración Pública conserva sus facultades propias y los tribunales federales, y concretamente la Suprema Corte de Justicia, su competencia para intervenir en todos los juicios en que la Federación sea parte.

Derivadas del carácter del juicio son las causas que la ley fija para esa anulación. En la generalidad de los casos dichas causas suponen violación de la ley, ya cuanto a la competencia o en cuanto a la forma o en cuanto a la norma aplicada o que se debió aplicarse en el fondo. Solo para las sanciones se autoriza la anulación por desvío de poder, esto es, por abandono de las reglas que, aunque expresamente fijadas en la ley, van implícitas cuando la ley concede una facultad discrecional. Es ha circunscrito la anulación por desvío de poder a las sanciones porque es ahí en donde la necesidad del acatamiento a las reglas implícitas antes dichas aparece con claridad en el derecho tributario mexicano, pues que en la materia de impuestos las autoridades normalmente no obran ejercitando facultades discrecionales, sino cumpliendo preceptos expuestos de las leyes.

Al determinar la competencia se han visto, por una parte, los casos de inconformidad de los particulares contra las decisiones de las autoridades administrativas y, por la otra, las

instancias de la Administración para pedir dentro de un plazo determinado, la nulificación de los actos ilegalmente emitidos y que hayan originado perjuicio a los intereses del Estado.

En cuanto a lo primero -inconformidad de los particulares- la Ley conserva, variación apreciable, las diversas situaciones previstas en la Ley de la Tesorería. La experiencia ha mostrado, en efecto, que el sistema acogido en las reformas a la Ley Orgánica de la Tesorería, de diciembre de 1935, es correcto, supuesto que determina con toda precisión la oportunidad para la inconformidad y el contenido de la misma, que eran problemas que no habían logrado solución satisfactoria en las antiguas leyes. Interesa en igual grado a los causantes o deudores y al Fisco, que los procedimientos administrativos alcancen firmeza cuando pasa de una etapa o estado a otro.

Respecto de la Ley de la Tesorería, no se introducen en el punto a estudio sino dos adiciones importantes: la relativa a la inconformidad en contra de la constitución por una autoridad dependiente del Ejecutivo, de responsabilidades administrativas en materia fiscal, que lleva por objeto ofrecer una garantía eficiente, no sólo al particular deudor, sino a los funcionarios y empleados, y la regla que somete a la jurisdicción del tribunal las negativas de devolución de impuestos, derechos o aprovechamientos ilegalmente percibidos, con el propósito de que toda la materia fiscal y no sólo los procedimientos de cobro, quedan sometidos en cuanto a su examen jurisdiccional, al organismo que se crea.

Naturalmente que suprimido el juicio sumario de oposición, ya no tiene razón de ser el distinguir, entre si la decisión administrativa emanada o no de un procedimiento dentro del cual el afectado pudo legalmente ser oído y rendir pruebas, pues como se quiere otorgar al Tribunal Fiscal todas las facultades que necesitan para impartir justicia de modo eficaz en los asuntos tributarios, los procedimientos previos llevados a cabo por la

autoridad administrativa durante el periodo oficioso, cualquiera que sea la amplitud que hayan tenido, no limitarán el radio de acción del Tribunal Fiscal ni las facultades que la Ley le otorga para la investigación de la verdad, sin perjuicio de la presunción de validez de los actos administrativos de que después se hablará.

Uno de los puntos en que la Ley acoge ideas ya aceptadas en México por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero que no habían logrado desenvolverse por falta de disposiciones reglamentarias, es el de la necesidad de que la Administración Pública inicie un juicio cuando estime que una decisión dictada por ella en favor de un particular, creando en esto un interés directo y concreto, debe nulificarse por ilegal. A falta de tales disposiciones reglamentarias, debe atribuirse el que hasta ahora las autoridades administrativas, amparadas también en diversas ejecutorias de la Suprema Corte, nulifiquen de propia autoridad actos que no se emitieron acatando las reglas que debieron normarlos, no obstante que no se trata de actos en verdad inexistentes, sino simplemente viciados de ilegitimidad. En un reciente fallo, declaró la Segunda Sala de la Suprema Corte que en materia administrativa no puede prevalecer el error sobre el interés público. La ley acepta este postulado pero lo realiza de manera que se respetará el interés público y se le hará prevalecer si así procede, sólo después de que el interés privado haya tenido oportunidad de defenderse. La ley toma en cuenta lo que sobre este particular existe ya acogido y experimentado en legislaciones afines a la nuestra. El plazo que determina, que es el de cinco años, se eligió atendiendo a aquel que para la prescripción han fijado nuestras leyes desde el siglo pasado, pues es indudable que antes del transcurso de ese plazo y a pesar de que ya dictada una decisión cualquiera en materia fiscal, un particular no puede desconocer la facultad de la Administración Pública o, inclusive del Congreso de la Unión a través de la glosa, para proceder al cobro de una cantidad debida al Fisco y cuyo derecho a ser cobrada no hubieran reconocido las autoridades

fiscales al examinar por primera vez un asunto.

La ley llama juicio y no recurso, a la instancia al tribunal. El recurso supone, en efecto, continuidad dentro de un mismo procedimiento. Con la instancia al tribunal por el contrario, se pasará de la actuación oficiosa de la Administración, a la fase contenciosa, según antes indicábase o, en general, de la actuación administrativa a la actuación jurisdiccional. El tribunal obrará siempre dentro del cauce de un proceso.

Los juicios serán en todo caso de nulidad: normalmente simples juicios declarativos (casos de oposición y de instancia de la Secretaría de Hacienda). En otros, llevarán implícita la posibilidad de una condena (negativas de devolución). Pero, y esto conviene aclararlo, el tribunal no está dotado de competencia para pronunciar mandamiento dirigido a obtener la ejecución de sus fallos. La negativa de los agentes del Fisco a obedecer las disposiciones del Tribunal deberá de combatirse como la de cualquiera otra autoridad obstinada en no hacer lo que legalmente está obligada a realizar, mediante el amparo, en el que, como es obvio, ya no se discutirán las cuestiones que fueron resueltas en el juicio administrativo, sino únicamente la posibilidad material o jurídica de la ejecución. La ley se ha limitado a fijar -en garantía del opositor- que entre tanto el fallo no se cumpla, siga en vigor la suspensión del procedimiento de ejecución.

La nulidad se pronunciará siempre respecto de alguna resolución. Esta será o expresa o tácita, en los casos de silencio de las autoridades. El crear una ficción para el silencio de las autoridades está ya consagrado en la legislación europea y la Ley la adopta de acuerdo, además, con las últimas orientaciones de la doctrina. Es claro que como los artículos 80. y 16 constitucionales obligan a toda autoridad a respetar el derecho de petición y a fundar y a motivar legalmente sus

decisiones, una ley secundaria -como es la que se promulga- no puede coartar el derecho de los particulares para acudir en amparo por violación de tales preceptos y para obtener de los tribunales federales una determinación que obliga a las autoridades fiscales a emitir una supuesta expresa con los fundamentos legales del acuerdo que dicten. No es el objeto de la Ley pues, reducir o limitar esa garantía sino, por el contrario, el de concederle una protección más eficaz cuando por las circunstancias del caso, que el particular toca apreciar, éste cuente ya con los elementos para iniciar la defensa jurisdiccional de sus intereses, respecto al fondo de los problemas controvertidos a pesar del silencio de la autoridad. En el estado presente de la legislación, el particular está siempre obligado ante la negativa de la autoridad, a pedir un primer amparo para obtener una respuesta fundada y, cuando ésta le es desfavorable, iniciar un segundo procedimiento en el que se examinen los problemas de fondo. La ley no hace otra cosa sino dar al particular el derecho de pasar desde luego al examen de fondo a pesar del silencio de la autoridad. El uso de este derecho, se insiste, dependerá de las circunstancias especiales de cada caso y de la apreciación que libremente haga el interesado de qué le es más ventajoso, si provocar la decisión expresa o iniciar el debate de fondo. Inversamente si ha optado por ocurrir al Tribunal, no podrá alegar como agravio la violación de los artículos 80. y 16.

Para la admisión de la demanda, la ley se aparta del sistema acogido desde el siglo anterior por los diversos ordenamientos que han regulado las oposiciones ante la autoridad judicial ordinaria a los cobros fiscales, y acepta el criterio, mucho más favorable para los particulares de la Ley de Amparo. De esta manera se fija que la garantía del interés fiscal no es una condición para el ejercicio del derecho de oposición, sino únicamente para que se suspendan los procedimientos coactivos.

Entre las partes del juicio, se coloca al coadyuvante de la Administración: lo que por lo demás no constituye una novedad dada la experiencia mexicana sobre el tercero perjudicado en los juicios de amparo.

En cuanto al procedimiento, la Ley acoge francamente el oral con sus cinco rasgos característicos. Acepta, pues: el predominio de la palabra, aunque reconociendo la doble función de la escritura como de documentación y de preparación de la contienda; el contacto inmediato de los jueces con las partes y con los elementos de convicción: la identidad física de las personas de los jueces durante el proceso; la inapelabilidad de las resoluciones interlocutorias y, lo que se señala como fundamental: la concentración del procedimiento, que en la Ley se lleva al grado de que no se celebrará sino una sola audiencia (salvo los casos excepcionales de acumulación y de nulidad de actuaciones). El Ejecutivo espera que el procedimiento oral, cuyas excelencias son generalmente reconocidas, y que en México se ha experimentado ya, cuando menos en algunos de sus rasgos más importantes, en asuntos de amparo y en las controversias civiles del orden común, a partir de la vigencia del Código de Procedimientos Civiles en vigor, permitirá que se haga una pronta y eficaz justicia en los asuntos fiscales.

En la materia de prueba, siguiendo en esto también la orientación dominante en la doctrina, la Ley, sin perjuicio de reconocer un amplio poder al Tribunal para buscar la verdad, dado que el principio dispositivo no se justifica en negocios en que media el interés público, atribuye la carga de la prueba en el actor, en el sentido de que esa prueba no se allegue, se presumirán válidos los actos y decisiones de las autoridades fiscales. La presunción de legalidad de los actos administrativos es, por otra parte, algo que toda teoría, tanto del derecho administrativo como particularmente del derecho tributario, acepta. Como es sabido, en materia tributaria esa presunción se apoya, por una parte, en el hecho de que antes de emitir su

acuerdo la autoridad fiscal ha instruido ya, en la generalidad de los casos, un expediente, y por la otra en la consideración fundamental de que la Administración financiera, por su calidad de órgano del poder público, encargado de observar la ley y privado de un interés propio diverso del interés público, no es normal que dicte resoluciones arbitrarias o fundadas en datos inexactos: pero naturalmente que esta presunción puede y debe ceder ante las pruebas y alegaciones del particular lesionado.

En esta misma cuestión de la prueba, no obstante que se adopta el criterio general que para la estimación de ella contiene el Código Federal de Procedimientos Civiles, se introduce el principio, tomado de la legislación procesal del Distrito Federal, de que el juez podrá variar esa valoración cuando se forme una convicción sobre los hechos, diversa de aquella a que lo llevaría el acatamiento estricto de las reglas formales que la ley establece. Con esto se sigue la norma, fundada en la doctrina contemporánea, de conceder al juzgador facultades amplias para la investigación de la verdad, y se reconoce al propio tiempo que siendo el problema de la estimación de la prueba sobre todo un problema lógico, es injustificable imponer la obediencia a principios o reglas que consagran postulados de carácter abstracto y formal, cuando el examen de los hechos concretos y el estudio racional de ellos, han formado en el ánimo del juez una convicción que no es atinado obligarle a abandonar, sólo por respetar reglas que de ninguna manera son infalibles. Ellas están dictadas para la seguridad de las partes y derivan del supuesto de que enuncian algo conforme a lo que en la vida acontece, como apoyadas que están en la experiencia; pero si en un caso particular el juez descubre que estas reglas no lo conducen a la verdad, la ley debe facultarlo para no seguir las.

También con el propósito de acercar más al Tribunal a la realidad de las cosas, se admite y consagra de manera expresa el principio de que los hechos notorios no necesitan ser probados. Claro está que como la doctrina enseña, no todo hecho conocido

por los jueces o que ellos creen conocer, es una hecho notorio.

Como consecuencia del carácter jurisdiccional de las decisiones del Tribunal Fiscal, se establece que estas tendrán fuerza de cosa juzgada, con el alcance que estos terminos tienen cuando los emplean nuestros códigos de procedimientos al referirse a los fallos de la justicia ordinaria: es una cosa juzgada relativa, que todavía puede destruirse por una sentencia de amparo. Se conserva la expresión, por una parte, porque como ya se indica, nuestras leyes las usan, como y por la otra, porque aun la misma doctrina del derecho procesal acepta que la cosa juzgada puede tener diversos grados, y que uno de ellos es cuando un fallo aun no es revocable por recurso ordinario, sino solo por medio de impugnación extraordinarios; ahora que la relatividad solo existe cuando el fallo sea adverso al particular, pues cuando le sea favorable la cosa juzgada si es absoluta.

Para terminar quiere el Ejecutivo exponer de manera precisa que su intento, al promulgar esta Ley, es el de que tome nacimiento y se desenvuelva un órgano que prestigie en México una institución como la de la justicia administrativa a la que tanto deben otros países en punto a la creación del derecho que regula los servicios públicos. Es por ello que no es su propósito ni reglamentar a la ley, pues que ella misma prevé que será el Pleno quien dicte las normas de carácter accesorio o secundario que demande el despacho de los asuntos y la organización administrativa del Tribunal, ni modificarla en plazo breve, como es frecuente tener que hacerlo tratándose de las leyes que organizan servicios hacendarios, pues desea que en todo caso las deficiencias que presente sean subanadas con la jurisprudencia del propio Tribunal, que es de esperarse se construya alrededor de principios uniformes capaces de integrar un sistema de manera que en el futuro venga a sustituir, con ventaja, a las disposiciones administrativas que actualmente está obligado a dar el propio Poder Ejecutivo para el buen funcionamiento y desarrollo de las actividades fiscales, tan íntimamente ligada

con la vida del Estado y con la posibilidad de este para hacer frente a las necesidades colectivas cuya satisfacción tiene encomendada.

Para facilitar la sistematización indicada en la jurisprudencia, la Ley, acogiendo el punto de vista expuesto por el Presidente de la Sala Civil de la Suprema Corte en su informe de 1933, quien por su parte se inspiró en las doctrinas alemana y española, concede intervención al Tribunal Pleno para la uniformidad en la jurisprudencia. De esta manera, si dos o más salas dictan fallos contradictorios, sin perjuicio de que ellos queden firme en cuanto a la decisión del caso concreto, podrá intervenir el Pleno para fijar el punto de jurisprudencia; y hecho esto, sólo el mismo Pleno podrá variar el precedente, pues si alguna de las salas dicta una resolución en contrario, procederá entonces si un recurso, el de queja, el que permitirá que se haga un nuevo examen del caso solo para determinar si ha habido o no en realidad violación de la jurisprudencia. Comprobada la violación, el Pleno queda capacitado para revocar el fallo, salvo cuando éste deba subsistir por motivos legales diversos, o cuando el Tribunal decida cambiar su propia jurisprudencia. No hay el peligro de que el recurso que se concede se utilice dolosamente para demorar la resolución definitiva de los asuntos, porque no se señala tramitación alguna a la queja, de modo que el Tribunal Pleno podrá decidirlo desde luego.

**21. Avances y perspectivas de las reformas
constitucionales de 1987 en el plano de la
jurisdicción contencioso administrativa**

José Pastor Suárez Turnbull

AVANCES Y PERSPECTIVAS DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1987 EN EL PLANO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Por JOSÉ PASTOR SUÁREZ TURNBULL *

SUMARIO: I. Las reformas constitucionales de 1987 relativas a la jurisdicción contencioso administrativa. II. La situación actual de los administrados nacionales frente a las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, hace necesaria la creación de tribunales de lo contencioso administrativo. III. La jurisdicción contencioso administrativa. IV. Orígenes y desarrollo de la jurisdicción contencioso administrativa en México. V. El proyecto para la creación del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo que se propone, y su proyección en la creación de tribunales de lo contencioso administrativo estatales y municipales. VI. Algunas consideraciones en torno a la jurisdicción contencioso administrativa en materia laboral y electoral. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 1987 RELATIVAS A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El perfeccionamiento de la impartición de justicia ha sido una de las prioridades de la presente administración, en su esfuerzo por hacer plenamente eficaces los principios constitucionales que constituyen el propósito de las instituciones públicas y el límite extrínseco de la actividad del Estado. Dentro del marco de estos principios y para el perfeccionamiento del orden jurídico nacional en general y de la jurisdicción contencioso administrativa en particular, el Presidente Miguel de la Madrid presentó al Órgano Constituyente Permanente, por conducto del H. Congreso de la Unión, entre otras la iniciativa de decreto que reforma los artículos 17, 46 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y deroga las fracciones VIII, IX y X del artículo 115 de la propia Constitución;¹ y la iniciativa de decreto que adiciona una fracción XXIX-G al artículo 73, una fracción I-B al artículo 104 y un párrafo final

* Abogado litigante.

¹ Esta iniciativa fue presentada al H. Congreso de la Unión el 28 de octubre de 1985, y el decreto correspondiente fue publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 17 de marzo de 1987.

a la fracción V del artículo 107; que reforma el artículo 94, los párrafos primero y segundo del artículo 97, el artículo 101, el inciso A) de la fracción III del primer párrafo y el inciso B) de la fracción V y las fracciones VI, VIII y XI del artículo 107; y que deroga los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción I del artículo 104 y el segundo párrafo de la fracción IX del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,² mismas que a continuación se transcriben en lo conducente, para posteriormente estudiarlas a lo largo de este trabajo:

Artículo 116. El Poder Público de los Estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un solo individuo.

Los Poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

IV. Las Constituciones y leyes de los Estados podrán instituir Tribunales de lo Contencioso Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se suscitan entre la Administración Pública Estatal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXIX-G. Para expedir leyes que instituyan Tribunales de lo Contencioso Administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se suscitan entre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.³

Hecho lo anterior y antes de iniciar propiamente el estudio de las reformas mencionadas, es importante recordar que en la parte dogmática de la Constitución de 1917, las disposiciones que regulan expresamente a los procedimientos civiles y penales no se refieren en forma expresa al procedimiento administrativo.⁴ Ello significa que tanto la regulación del procedimiento administrativo⁵ como la del procedimiento contencioso administrativo⁶ se encuentran diseminadas en una serie de leyes administrativas diversas, propias a cada materia administrativa (de donde se hace necesario limitar constitucionalmente la actividad administrativa del Estado, mediante garantías expresas en favor del

² Esta iniciativa fue aprobada por la Cámara de Senadores y por la Cámara de Diputados los días 24 y 28 de abril de 1987, respectivamente. A la fecha, mayo de 1987, está siendo sometida a la aprobación de las legislaturas locales.

³ Esta fracción se encontraba desde la reforma constitucional de octubre de 1968, en el segundo párrafo de la fracción primera del artículo 104 constitucional.

⁴ Se entiende por procedimiento administrativo, en sentido amplio, tanto al procedimiento seguido por el administrado ante las autoridades administrativas, como al procedimiento contencioso seguido por éste ante los tribunales administrativos.

⁵ En donde se dictan actos administrativos aislados.

⁶ En donde se dictan resoluciones administrativas.

administrado). Esta situación constituye uno de los obstáculos que han impedido la elaboración de leyes de procedimiento administrativo, que vendrían siendo las leyes reglamentarias producto de la inclusión a nivel constitucional de disposiciones administrativas genéricas,⁷ a la vez que ha dado lugar a que la Suprema Corte de Justicia sustente las tesis de jurisprudencia que aparecen en seguida, a modo de hacer extensivo los principios contenidos en las normas de referencia, al procedimiento administrativo y al procedimiento contencioso administrativo:

Las garantías individuales del artículo 14 constitucional se otorgan para evitar que se vulneren los derechos de los ciudadanos sujetos a cualquier procedimiento, bien sea administrativo, civil o penal, por lo que es errónea la apreciación de que sólo son otorgadas para los sujetos del último.⁸

AUDIENCIA, GARANTÍA DE SU CUMPLIMIENTO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. En materia administrativa en general y especialmente en materia agraria, la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, debe interpretarse en el sentido, no de la exigencia de un juicio previo ante los tribunales establecidos, sino que las autoridades administrativas, previamente a la emisión de cualquier acto que implique privación de derechos, respetando los procedimientos que lo condicionan, tienen la obligación de dar la oportunidad al agraviado para que exponga lo que considere conveniente en defensa de sus intereses, aun cuando la ley que rija el acto no establezca tal garantía; basta que sea consagrada en la Constitución General de la República.⁹

También en relación con el segundo párrafo del artículo 14, la Suprema Corte de Justicia ha sostenido que:

En efecto, la audiencia de que se trata —que también ha sido llamada colaboración del particular en el procedimiento— consiste fundamentalmente en la oportunidad que se concede al particular para intervenir con el objeto de hacer una defensa y esa intervención se concreta a dos aspectos esenciales: La posibilidad de rendir pruebas, que acrediten los hechos en que se finque la defensa, y la de producir alegatos, para apoyar con las argumentaciones jurídicas que se estimen pertinentes, esa misma defensa.¹⁰

Cabe agregar que dicha situación no se debió a un olvido del Constituyente de 1917, ya que por un lado, todavía en aquel año no se reconocía plenamente la autonomía del derecho administrativo con respecto al derecho civil, y por otro lado, a lo largo de los primeros años posteriores a la promulgación de la carta magna de 1917, el procedimiento administrativo no revestía mucha importancia, en razón de que la participación del Estado federal posrevolu-

⁷ Las leyes de procedimiento administrativo se encargarán de regular la actuación de las autoridades administrativas.

⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta época, tomo I, p. 1332.

⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, Tercera Parte, volúmen 63, página 25.

¹⁰ *Apéndice 1917-1975*, tercera parte, Segunda Sala, p. 778.

cionario, a través de los instrumentos técnicos con los que cuenta para llevar a cabo las tareas que le han sido encomendadas —las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales—. ¹¹ En las actividades políticas, económicas, sociales y culturales, fue lográndose paulatinamente. En esa misma medida fueron multiplicándose el número, la complejidad y la importancia de los procedimientos administrativos seguidos por los administrados ante las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales. Paralelamente a este crecimiento administrativo y como consecuencia del mismo, ¹² ha sido necesario impulsar la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa como el instrumento jurídico más eficaz con el que cuentan los administrados para proteger sus derechos e intereses legítimos, y precisamente dentro de esta evolución se inscriben las reformas constitucionales del actual régimen en esta materia.

Ahora bien, antes de pasar al estudio de la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario hacer hincapié en que las anteriores y las actuales reformas a la Constitución federal, en éste y en otros rubros, han servido y servirán de modelo a las constituciones locales, en virtud de que la Constitución general, en su doble aspecto de fundamento del Estado federal y de estatuto común a los estados que lo integran, es la base sobre la que se sostiene toda la organización política y social de México, y en este sentido, esta característica de Estado federal constituye el principio rector que condiciona la estructura política de las entidades federativas. Además de acatarlo lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución federal, que establece la supremacía de la carta magna.

II. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS ADMINISTRADOS NACIONALES FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ACTIVAS FEDERAL, ESTATALES Y MUNICIPALES, HACE NECESARIA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El Estado social de derecho mexicano, mismo que se distingue por haber sido el primero en elevar a rango constitucional los derechos de los trabajadores y campesinos en 1917, se caracteriza por su creciente participación en las actividades económicas, políticas, sociales y culturales, para armonizar y coordinar los diversos intereses de una sociedad pluralista; redistribuir bienes y servicios, y por alcanzar en suma el bienestar común.

Como ya se había señalado, esta participación cada vez más amplia y vigorosa en las distintas actividades de la sociedad mexicana, se realiza a través de los instrumentos técnicos con los que cuenta el Estado federal posrevolucionario para realizar las tareas que le han sido asignadas —las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales—, que de esta forma se han

transformado, paulatina pero irreversiblemente, en organizaciones cada vez más extensas y complejas.

Este crecimiento inevitable y desmesurado de las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, si bien por un lado beneficia a los diversos sectores sociales, en contrapartida también afecta a esos mismos grupos y a las personas individuales, ya que restringe cada vez más la esfera de libertad de los administrados, en virtud de que los mismos se encuentran sujetos en un número cada vez mayor de actividades, a actos de carácter administrativo (licencias, permisos, concesiones, autorizaciones, expropiaciones, requisiciones, registros, inscripciones, certificaciones, etcétera).

Lo anterior ha determinado que los administrados nacionales se encuentren en una situación muy desventajosa frente a las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, puesto que los primeros viven inmersos en el terreno de la actividad administrativa, impotentes y desorientados para defender su esfera de libertad frente a una también creciente reglamentación administrativa. El problema que a continuación se expone es ilustrativo de la angustia y desventajosa situación de los administrados nacionales frente a las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales:

En la actualidad, ante la jurisdicción contencioso administrativa federal (Tribunal Fiscal de la Federación) no es posible impugnar una amplia gama de actos administrativos emanados, entre otras, de las siguientes secretarías de Estado: a) Gobernación; b) Relaciones Exteriores; c) Comercio y Fomento Industrial; d) Energía, Minas e Industria Paraestatal; e) Educación Pública; f) Comunicaciones y Transportes; g) Reforma Agraria, etcétera. Asimismo, ante las jurisdicciones contencioso administrativo estatales (tribunales fiscales establecidos en algunas entidades federativas) no es posible impugnar muchos de los actos administrativos emanados de diversas secretarías y direcciones de los gobiernos locales. Respecto de los actos administrativos dictados por los ayuntamientos, no puede estimarse que fueren impugnables ante los tribunales de lo contencioso administrativo estatales, sino que al efecto sería aconsejable que los ayuntamientos que así lo requieran (en función de la complejidad de sus problemas), crearan tribunales de lo contencioso administrativo municipales, cuenta habida de que el estado local no puede en forma alguna calificar la legalidad de los actos administrativos municipales, pues tal calificación atentaría severamente contra el municipio libre (los tribunales de lo contencioso administrativo municipales creados por los propios ayuntamientos se encargarán de controlar la legalidad de las actuaciones de los mismos ayuntamientos, todo ello el beneficio de sí mismos y de los administrados). Conforme a la legislación vigente, la mayoría de los conflictos que se generan entre los derechos e intereses legítimos de los administrados y las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, dentro del ámbito de sus respectivas esferas de competencia, se ventilan en amparo indirecto como sustituto de lo contencioso administrativo, ante los juzgados de distrito, a los que llegan sin haber sido objeto de una instrucción que los depure y facilite su resolución. Queda entonces el amparo indirecto como el único y el último recurso con el que cuentan los administrados (cada uno de ellos en lo individual) para combatir los actos de

¹¹ El adjetivo "activas" se refiere a un Estado federal posrevolucionario promotor del desarrollo nacional.

¹² Este crecimiento administrativo ha sido acentuado por el régimen presidencialista mexicano.

las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, que afecten sus derechos e intereses legítimos. Si la sentencia que se dicte en la audiencia constitucional no les concede la protección de la justicia federal, tan sólo les resta interponer el recurso de revisión. De existir un tribunal federal de lo contencioso administrativo y tribunales de lo contencioso administrativo estatales y municipales, dotados de plena autonomía para dictar y ejecutar sus fallos, y de competencia genérica, los administrados (cada uno de ellos en lo individual) contarán con un valiosísimo instrumento jurídico para impugnar, en un primer momento ante estos nuevos tribunales y siempre dentro de sus correspondientes ámbitos de competencia, la jurisdiccional, todo tipo de actos de las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, que lesionen su esfera jurídica, previo agotamiento de los recursos administrativos internos obligatorios (derechos de impugnación que se tramitan a través de un procedimiento, y que se traducen en decisiones que también tienen el carácter de actos administrativos) establecidos en las correspondientes leyes y reglamentos administrativos federales; en las leyes y reglamentos expedidos por las legislaturas locales; en los bandos de policía y buen gobierno, y en las disposiciones administrativas de observancia general expedidas por los ayuntamientos. Aun cuando las sentencias de estos tribunales no sean favorables a los administrados y siempre y cuando no hayan causado estado, éstos, en un segundo momento, podrán impugnarlas ante instancias superiores dentro de los mismos tribunales, y por último, las resoluciones de estas instancias superiores, en caso de no favorecer a los administrados y siempre y cuando no hayan causado estado, podrán combatirse mediante el amparo directo como casación administrativa. Del mismo modo, las autoridades administrativas contarán con un primer recurso para impugnar las resoluciones de las salas regionales de estos nuevos tribunales, que harán las veces de primera instancia, y con un segundo recurso para impugnar las resoluciones de las salas superiores de los mismos, que harán las veces de segunda instancia. Conocerán de este segundo recurso los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

A estas alturas del artículo, es procedente formular y contestar la siguiente interrogante: ¿Por qué las reformas constitucionales de 1987 han puesto tanto énfasis en la jurisdicción contencioso administrativa? Por dos razones fundamentales, mismas que a continuación se detallan:

Primera. Si bien es cierto que han sido relevantes los papeles que han desempeñado, dentro del ámbito de sus respectivas esferas de competencias, tanto el Tribunal Fiscal de la Federación como los poquísimos tribunales fiscales estatales que existen (como por ejemplo: el Tribunal Fiscal del Estado de México, creado en 1938; el Tribunal Fiscal del Estado de Sinaloa, creado en 1976; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Sonora, creado en 1977; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Hidalgo, creado en 1979, etcétera, también es cierto que sus esferas de competencia —aun cuando han sido ampliadas gradualmente— siguen siendo muy reducidas. Esto es la realidad jurídico-administrativa en la que se desenvuelven los administrados mexicanos rebasa en mucho la competencia de los tribunales

fiscales con los que se cuenta a la fecha. De ahí la imperiosa necesidad de crear un Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo y tribunales de lo contencioso administrativo estatales y municipales, mediante los cuales se controle la legalidad¹³ de las actuaciones de las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, y sea entonces posible situar a los administrados mexicanos en una situación menos desventajosa frente a ellas.

Segunda. Las reformas constitucionales de 1988 al artículo 104 establecieron, entre otras cuestiones, que:

Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I. Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones...

Aun cuando con este párrafo se le dio soporte constitucional al Tribunal Fiscal de la Federación,¹⁴ esta reforma nunca fue llevada hasta sus últimas consecuencias, ya que con posterioridad a su promulgación no se elaboró una iniciativa de reformas a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, mediante la cual se le otorgara una competencia genérica. En este orden de ideas, por una parte, la reciente reforma constitucional que adiciona al artículo 73 la fracción XXIX-G, además de constituir un esfuerzo por sistematizar las normas de la carta magna, insiste de nueva cuenta en la creación de tribunales de lo contencioso administrativo; y por la otra, la también reciente reforma constitucional que le da un nuevo contenido a todo el artículo 116, en su fracción IV, faculta a las legislaturas de las entidades federativas para que instituyan tribunales de lo contencioso administrativo estatales, los cuales controlarán la legalidad de las actuaciones de los gobiernos locales.¹⁵ En resumen, ambas reformas en este rubro están encaminadas en la misma dirección: se han sentado las bases constitucionales para dar un paso definitivo más allá de las fronteras cautelosas que han limitado en México durante varias décadas el ensayo de la jurisdicción contencioso administrativa, y fortalecer así el sistema de autocontrol jurisdiccional.

Y a fin de llevar a feliz término la constitución de eficaces tribunales de lo contencioso administrativo, en los párrafos subsecuentes se propone un proyecto para la creación del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, el

¹³ Se entiende por legalidad las particularidades del derecho previstas en leyes secundarias.

¹⁴ Durante muchas décadas se cuestionó la constitucionalidad del Tribunal Fiscal de la Federación.

¹⁵ Las legislaturas locales deberán tomar en consideración las particularidades geográficas, etnográficas, demográficas, políticas, sociales y económicas de sus respectivas entidades federativas.

cual ha sido delineado recogiendo las valiosísimas experiencias del Tribunal Fiscal de la Federación y de algunos tribunales fiscales locales, por lo que se considera que dicho proyecto podrá servir como modelo de referencia en la elaboración de futuras iniciativas de ley tendientes a crearlos.

Antes de entrar de lleno al proyecto a que se refiere el párrafo anterior, es importante tocar algunos conceptos jurídicos y antecedentes históricos relacionados con la jurisdicción contencioso administrativa.

III. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Concepto

Para el doctor Héctor Fix-Zamudio, la jurisdicción es una función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y en una posición imparcial.²⁴

Si bien la función jurisdiccional es una, ello no impide que cuando la misión que a través de ella se realiza es atribuida a diversos conjuntos de órganos, a los que se confía el conocimiento de determinadas materias y se regulan procedimientos especializados, pueda hablarse de clases de jurisdicción. De los distintos criterios de clasificación es básico el que distingue la jurisdicción ordinaria de las llamadas jurisdicciones especializadas. A las jurisdicciones especializadas ha de acudirse en aquellos supuestos especiales en que el legislador ha creído prudente excluirlas del conocimiento de la ordinaria, atribuyéndosela a un conjunto de órganos jurisdiccionales diferenciados de los que constituyen la jurisdicción ordinaria.

Entre las jurisdicciones especializadas están las jurisdicciones administrativas, a las que se atribuye el conocimiento de las pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo, salvo que, aunque relacionadas con actos de la administración pública, se atribuyan por una ley a otras jurisdicciones. La jurisdicción administrativa por antonomasia es la contencioso administrativa.

La jurisdicción contencioso administrativa constituye un sector de esta función esencial del Estado contemporáneo, como un aspecto especializado de la misma por razón de la materia.

2. Clasificación en razón de la extensión de las atribuciones de los organismos que la ejercen

a) Jurisdicción retenida

La jurisdicción retenida es realizada por organismos situados dentro del marco de la administración pública activa. Aunque dichos organismos poseen cierto grado de independencia funcional, sus decisiones no son obligatorias,

²⁴ Cf. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano", 1983, p. 54.

sino que requieren ser homologadas, es decir, ser reconocidas por parte de autoridades administrativas de la mayor jerarquía.

En el derecho positivo mexicano es posible considerar al Cuerpo Consultivo Agrario como un organismo de jurisdicción retenida, ya que el mismo, en términos de la Ley Federal de Reforma Agraria de 1971, decide de manera imparcial algunos de los conflictos que se suscitan entre ejidatarios y pequeños propietarios, así como entre los ejidatarios, pero sus decisiones se consideran formalmente como simples dictámenes que deben ser suscritos por el Presidente de la República, en su carácter de suprema autoridad agraria del país.

b) Jurisdicción delegada

La jurisdicción delegada se constituye cuando el órgano administrativo formula sus resoluciones con carácter definitivo y obligatorio, pero dichas resoluciones se pronuncian a nombre de la administración pública activa, ya que formalmente dichos organismos siguen perteneciendo a la esfera de la administración, si bien con una autonomía mayor que la de los organismos de jurisdicción retenida, pues la ley les ha delegado las facultades jurisdiccionales que pertenecían anteriormente a autoridades administrativas.

En México, el Tribunal Fiscal de la Federación, creado por la Ley de Justicia Fiscal de agosto de 1936, fue desde sus orígenes hasta la expedición de su Ley Orgánica en 1977, un tribunal de jurisdicción delegada.

En la exposición de motivos de la Ley de Justicia Fiscal de agosto de 1936, se menciona que:

El Tribunal Fiscal de la Federación estará colocado dentro del marco del Poder Ejecutivo, lo que no implica ataque al principio constitucional de separación de poderes, supuesto que precisamente para salvaguardarlo surgieron en Francia los tribunales administrativos; pero no estará sujeto a la dependencia de ninguna autoridad de las que integran ese Poder, sino que fallará en representación del propio Ejecutivo por delegación de facultades que la ley le hace. En otras palabras: será un tribunal de justicia delegada, no de justicia retenida...

Es pertinente hacer aquí dos observaciones:

a) El Tribunal Fiscal de la Federación, como organismo de jurisdicción delegada, al fallar en representación del propio Poder Ejecutivo Federal, dictaba resoluciones que revestían el carácter de actos administrativos. Por consiguiente, dichas resoluciones solamente podían impugnarse mediante el amparo indirecto.

b) No contaba con un diseño procesal para la ejecución de las resoluciones que favorecían al administrado.

²⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Justicia Fiscal.

c) Jurisdicción dotada de plena autonomía

La jurisdicción dotada de plena autonomía se configura cuando el órgano jurisdiccional especializado en materia administrativa dicta sus resoluciones con carácter definitivo, obligatorio y a nombre propio. Aun cuando el órgano jurisdiccional se encuentra encuadrado dentro del marco de la administración pública activa, la relación que guarda con ella es meramente presupuestaria, no estando sujeto a la dependencia de ninguna autoridad administrativa.

IV. ORIGENES Y DESARROLLO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MÉXICO

1. La tradición judicialista

Antes de abordar el estudio del tema correspondiente a este inciso, se estimó conveniente esbozar las siguientes consideraciones generales al respecto:

El antiguo derecho, sobre todo el romano, se había encargado de la regulación de las relaciones individuales intersubjetivas. Con la aparición del Estado moderno, especialmente a partir de la idea de separación de poderes de Carlos María de Secondat —Barón de Montesquieu—, se amplió lentamente la esfera de acción de la administración pública, al grado que fue surgiendo la necesidad de controlar los actos administrativos subordinados anteriormente a la caprichosa voluntad del soberano. La evolución histórica del control de los actos administrativos obedeció a la necesidad de juzgar y resolver los conflictos o litigios surgidos entre la administración y los particulares, a través de órganos o autoridades distintas de aquellas que ejercen la propia administración pública, pudiendo ser dichos órganos o autoridades, órganos de la misma administración, órganos especializados, o bien órganos del Poder Judicial.¹⁸

Los sistemas de jurisdicción contencioso administrativa, en general, han sido contruidos conforme a las ideas políticas de liberalismo y han surgido históricamente como métodos para contrarrestar los excesos de las administraciones públicas. También suelen vincularse los sistemas de referencia con la ideología del Estado de derecho y con el principio de separación de poderes. En este sentido, don Jesús González Pérez sostiene que: "Sólo puede hablarse de Estado de Derecho en la medida en que se ha logrado estructurar un sistema de Justicia capaz de garantizar la sumisión del propio Estado al Derecho o, lo que es lo mismo, cuando el Estado es capaz de hacerse justicia a sí mismo."¹⁹

En la actualidad existen dos sistemas de jurisdicción contencioso administrativa para el enjuiciamiento de los conflictos administrativos, o de control de la administración pública. Ambos se originaron, entre otras razones, a raíz de una interpretación diferente del principio de separación de poderes. De

acuerdo con estas ideas, el sistema francés o dualista de tribunales administrativos encuadrados fuera del marco del Poder Judicial y dentro del marco del Poder Ejecutivo, surgió debido a que se entendió que el principio de separación de poderes impedía al Poder Judicial interferir, así fuera juzgando, en los actos de la propia administración pública. Este sistema se caracteriza por ser un contencioso objetivo, organizado con el fin de asegurar regularidad jurídica en la actividad administrativa, en defensa de la legalidad. Su tendencia ha consistido en autonomizar el órgano jurisdiccional de modo que, aun encontrándose dentro de la esfera de la administración pública, adquiriera independencia con respecto a ella. En cambio, el sistema inglés o judicialista, opuesto al anterior, somete las controversias administrativas a la jurisdicción ordinaria, como si se tratase de asuntos comunes, esto es, arranca de la idea que la administración pública es parte de un litigio, el cual, como todos, debe ser resuelto por la misma jurisdicción. Este segundo sistema encuentra su explicación en una interpretación diversa del principio de separación de poderes, según la cual, a la administración pública no le corresponde en ningún caso juzgar, ni aun cuando se trate de conflictos sobre actos administrativos, de los cuales debe conocer, por tanto, el Poder Judicial.²⁰ Se está ante un contencioso subjetivo que tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares, y que no admite la existencia de la jurisdicción contencioso administrativa fuera del Poder Judicial. Cada uno de estos dos sistemas surgió condicionado por el contexto histórico y político que prevalecía en cada país. En la monarquía constitucional inglesa, limitada por el poder del Parlamento, no hubiera sido posible el sistema francés, establecido bajo el Estado autoritario de Napoleón Bonaparte.

a) Algunos rasgos del gobierno de la Colonia

Basta el examen de la *Recopilación de Indias* y del *Cedulario* de Puga, además de las relaciones crónicas de Solárzano Pereyra en su *Política Indiana*, para percatarse de la existencia durante esta época, de un verdadero contencioso tributario.

b) Algunos rasgos del México independiente (1810)

A partir de 1821, año en el que se consumó la lucha de independencia mexicana, ha predominado en los ordenamientos jurídicos nacionales el sistema inglés o judicialista, aunque ya en el siglo pasado hubo dos serios intentos de introducir el sistema francés o dualista, el primero de ellos en 1853 y el segundo en 1865.

c) La Constitución de 1857

El artículo 97, fracción I, de la Constitución Federal de 1857, otorgó competencia a los tribunales de la Federación para conocer de las controversias

²⁰ Cfr. CARRILLO FLORES, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, 1973, p. 144.

¹⁸ Cfr. BARRERA SIERRA, Humberto, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 63-70.

¹⁹ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "La justicia administrativa en México", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1972, p. 772.

suscitadas sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales. Esta fracción fue considerada por diversos publicistas como el fundamento constitucional de dichos tribunales para conocer y decidir sobre los conflictos entre los particulares y la administración pública.

d) La Constitución de 1917

El artículo 104, fracción I, de la Constitución de 1917, preservó el mismo sistema judicialista de la Constitución anterior, ya que otorgó competencia a los tribunales de la Federación para conocer de todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento o aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales. Esta fracción ha sido considerada por diversos juristas como el fundamento constitucional de dichos tribunales para conocer y decidir sobre los conflictos entre los particulares y la administración pública.

2. Rompimiento con la tradición judicialista

El sistema inglés o judicialista surge en el derecho mexicano como consecuencia de la interpretación doctrinaria, legislativa y jurisprudencial de los artículos 97, fracción I, de la Constitución de 1857 y su equivalente, el artículo 104, fracción I, de la Constitución de 1917. Lo que significa que durante más de ochenta años el amparo ha funcionado como sustituto de lo contencioso administrativo.

a) Creación y evolución del Tribunal Fiscal de la Federación

Se debe al régimen del general Lázaro Cárdenas la institución en México del Tribunal Fiscal de la Federación, organismo formalmente administrativo que vino a ejercer, con carácter de delegadas, funciones de carácter jurisdiccional. Fue creado el primero de enero de 1937, al entrar en vigor la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936, bajo el punto de vista del sistema francés de jurisdicción contencioso administrativa.

Por lo atinente a su evolución, pueden distinguirse tres etapas principales. La primera corre desde su creación en 1937, hasta abril de 1967, fecha en la que entró en vigor su primera Ley Orgánica. En esta primera etapa funcionó como organismo de jurisdicción delegada. La segunda etapa se inicia con la expedición de su Ley Orgánica, misma que entró en vigor el primero de abril de 1967, junto con las normas procesales del Código Fiscal de la Federación de la misma fecha. En el artículo primero de la referida Ley Orgánica se estableció que: "El Tribunal Fiscal de la Federación es un tribunal administrativo dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, con la organización y atribuciones que la ley establece." Por consiguiente, a partir de esta etapa se está ya en presencia de un organismo de carácter estrictamente judicial, aun cuando desde su creación y hasta la fecha ha estado desprovisto de un diseño procesal para la ejecución de las resoluciones que sean favorables a los administrados.

La tercera etapa se inicia el 2 de febrero de 1978, con la publicación de su nueva Ley Orgánica. Al tenor de lo dispuesto por esta nueva Ley Orgánica, el Tribunal Fiscal de la Federación, además de conservar la plena autonomía, enprende su desconcentración, al establecer una Sala Superior y varias salas regionales, distribuidas estas últimas en las once regiones en la que se ha dividido al territorio nacional para efectos de esta Ley.

b) La reforma constitucional de 1968 tuvo tres efectos inmediatos: constitucio-
cionalizó la jurisdicción contencioso administrativa, estableció el amparo directo
contra las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales administrativos,
y sentó las bases para el establecimiento del Tribunal de lo Contencioso
Administrativo del Distrito Federal

La reforma al artículo 104, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, misma que ya fue parcialmente transcrita en párrafos anteriores, entró en vigor en octubre de 1968, e introdujo tres aspectos de gran importancia para la jurisdicción contencioso administrativa:

a) Constitucionalizó la jurisdicción administrativa especializada y autónoma, ya que durante los primeros años de vida del Tribunal Fiscal de la Federación, su constitucionalidad fue cuestionada por una corriente doctrinaria que consideraba que su funcionamiento invadía la esfera de atribuciones del Poder Judicial Federal.

b) Estableció específicamente, con fundamento en el artículo 107, fracción V, inciso b) de la Constitución General, el amparo directo contra sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales administrativos, lo que significó el reconocimiento, para efectos de la misma legislación de amparo, de la naturaleza judicial de dichos tribunales, como órganos dotados de plena autonomía, superando la situación anterior de organismos de jurisdicción delegada, que tenía el Tribunal Fiscal de la Federación desde su creación en 1936 hasta 1967, año en que fue expedida su Ley Orgánica. Con anterioridad a la reforma constitucional de referencia, las sentencias del mismo Tribunal Fiscal de la Federación se impugnaban mediante el amparo indirecto, con fundamento en el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por considerarse sus resoluciones actos formalmente administrativos. Este segundo aspecto provocó cambios en las partes conducentes de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y de la Ley de Amparo.

c) Sentó las bases para el establecimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, creado por ley promulgada el 28 de enero de 1971, reformada posteriormente en 1973, 1979 y 1986. Este tribunal administrativo posee facultades para imponer sus determinaciones y el orden en el procedimiento, a través de medidas de apremio y disciplinarias, señaladas en el artículo 29 de su Ley Orgánica. Asimismo, este Tribunal puede exigir el cumplimiento de las sentencias que afoverecen a los administrados, por conducto de un procedimiento de ejecución inspirado en el establecido por la Ley de Amparo (en la práctica, el procedimiento de ejecución de este tribunal

distrital no ha producido resultados satisfactorios). Se trata de un tribunal de competencia genérica. Anteriormente a su creación, los actos administrativos fiscales dictados por las autoridades competentes del Departamento del Distrito Federal, que lesionaban la esfera jurídica de los administrados, eran impugnados ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

c) Las reformas constitucionales de 1987 relativas al fortalecimiento y desarrollo de la jurisdicción contencioso administrativa integral

Los regímenes emanados de la Revolución de 1910 se han esforzado y se esfuerzan enormemente por hacer plenamente eficaces los principios sobre los que se sostiene el Estado social de derecho mexicano, y es precisamente en este contexto en el que se inscriben las recientes reformas constitucionales en materia de jurisdicción contencioso administrativa. Dichas reformas recogen los importantes logros obtenidos en administraciones anteriores, a la vez que insisten con mayor fuerza en su fortalecimiento y desarrollo, a fin de poner en igualdad de condiciones jurídicas a las administraciones públicas activas y a los administrados, equiparándolos en derechos y obligaciones, y forzándolos a demostrar sus razones legales.

V. EL PROYECTO PARA LA CREACIÓN DEL TRIBUNAL FEDERAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO QUE SE PROPONE, Y SU PROYECCIÓN EN LA CREACIÓN DE TRIBUNALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESTATALES Y MUNICIPALES

La estructura de este proyecto se encuentra contenida, en términos generales, en el capítulo II de este artículo, y debido a las limitaciones de espacio del mismo, se da aquí por reproducido en obvio de repeticiones. Cabe agregar que dicho proyecto se dedica al estudio de los aspectos que se han considerado fundamentales para llevar a cabo una empresa de esta envergadura, dejando de lado otros no menos importantes. Los aspectos fundamentales fueron así considerados tomando como base los flancos débiles del Tribunal Fiscal de la Federación, el cual fue tomado como cartabón para la elaboración de este proyecto, porque se estima que es el organismo jurisdiccional administrativo que a la fecha ha alcanzado el grado de desarrollo más elevado en México, y es así como este proyecto puede servir como modelo de referencia en la creación de eficaces tribunales de lo contencioso administrativo. En vía consecuencial, se sugiere reformar la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, de tal forma que se establezca su competencia genérica, se modifiquen algunos de sus artículos cuya redacción ha ocasionado numerosos problemas, y se adicionen otros. Estas reformas traerán aparejadas un cambio de nombre, de Tribunal Fiscal de la Federación a Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo (denominado Tribunal Federal de Justicia Administrativa en los anteproyectos para su creación de 1964 y 1973). En síntesis, se parte de la base de lo que hasta la fecha se ha logrado, y de ninguna manera se pretende el funcionamiento paralelo de dos tribunales contencioso administrativo federales.

Por último y a modo de reforzar con otros argumentos la necesidad de crear tribunales de lo contencioso administrativo, se harán dos observaciones: la creación de estos tribunales aliviará la carga de trabajo de los juzgados de distrito, al dejar de conocer estos últimos del amparo indirecto interpuesto por el administrado como sustituto del procedimiento contencioso administrativo (el amparo indirecto tiene aquí como objeto el juzgar al acto administrativo); y es a lo largo de estos procedimientos contencioso administrativos seguidos ante estos nuevos tribunales, en donde se depurará el conocimiento de las controversias administrativas, para que llegado el caso de que los tribunales colegiados de circuito conozcan de estas controversias, mediante el amparo directo interpuesto por el administrado como casación de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales administrativos (el amparo directo tiene aquí por objeto el juzgar la actuación jurisdiccional que apreció el acto administrativo dentro de otro proceso), cuenten estos tribunales colegiados con más elementos para resolver esas controversias administrativas, atendiendo al más elevado sentido de justicia y con estricto apego a derecho.

1. *Anteproyectos de 1964 y 1973 para la creación de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa*

Ante el cúmulo de controversias administrativas y considerando la imperiosa necesidad de resolverlas, diversos magistrados del Tribunal de la Federación han elaborado dos anteproyectos para la creación de un Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el primero de ellos en 1964 y el segundo en 1973. El punto medular de ambos anteproyectos estriba en la ampliación de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación.

2. *Características de la jurisdicción contencioso administrativa que se propone*

a) *Funciones*

El Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo se encargará del control de la legalidad de las actuaciones de las autoridades administrativas federales. A su vez, los tribunales de lo contencioso administrativo estatales y municipales se encargarán del control de la legalidad de las actuaciones de los gobiernos locales y de los ayuntamientos, respectivamente.

b) *Competencia*

El Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo tendrá competencia genérica para conocer de los juicios que se inicien contra los actos administrativos definitivos dictados por autoridades administrativas federales, excepción hecha de aquellos que por mandato constitucional quedan fuera del control jurisdiccional, como son: negativas o revocaciones de autorizaciones a particu-

lares para impartir educación primaria, secundaria, normal y la destinada a obreros y campesinos; expulsión de extranjeros conforme al artículo 33 de la Constitución federal; litigios en materia laboral y militar; así como aquellos actos de carácter político, los cuales se consideran de naturaleza esencialmente diversa de los actos administrativos, tanto por sus finalidades como porque en algunos casos el Poder Ejecutivo Federal no actúa en cuanto persona sujeta al derecho administrativo, sino representando al Estado federal como persona de derecho internacional, en su calidad de miembro de la comunidad de países, según sucede en materia de relaciones exteriores y convenios internacionales; y en otros casos, los órganos del Poder Ejecutivo Federal actúan en realidad como titulares de funciones constitucionales que no son imputables a la administración pública federal activa, por ejemplo, tratándose de relaciones entre los poderes públicos, cuestiones electorales y otras similares.

c) Ejecución de sentencias que sean favorables a los administrados¹

Pese a que el Tribunal Fiscal de la Federación ha sido calificado por diferentes juristas y por su propia Ley Orgánica como un tribunal administrativo dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, las disposiciones procesales del Código Fiscal de la Federación no establecen un procedimiento de ejecución a través del cual pueda coactivamente obligarse a las autoridades administrativas a cumplir con los fallos favorables a los administrados. Debido a la ausencia de dicho procedimiento y a fin de ejecutar las sentencias definitivas del referido Tribunal, continúa aplicándose el criterio de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, según la cual, cuando las autoridades administrativas federales sean omisas o se nieguen a cumplir con los fallos favorables a los administrados, éstos deben acudir al juicio de amparo indirecto a fin de que a través de este último se impongan imperativamente las sentencias del propio Tribunal Fiscal. Conviene aquí transcribir la siguiente tesis de jurisprudencia:

TRIBUNAL FISCAL: El amparo es procedente para el efecto de exigir el cumplimiento de sus sentencias. Las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación son, en términos generales, de carácter declarativo. En consecuencia, no motivan por sí mismas, en forma directa, la ejecución forzosa. Justamente por ello, el código de la materia no establece recurso o procedimiento alguno para obtener el cumplimiento de las sentencias que pronuncia; y atendiendo a que dicho órgano carece legalmente de medios coercitivos para obtener el cumplimiento de sus fallos, resulta indispensable que ante otro tribunal se tramite el proceso cuya culminación sea convertir una sentencia meramente declarativa, en un mandamiento idóneo, por sí mismo, para motivar de modo directo la ejecución. Si las resoluciones de aquel tribunal son definitivas y poseen la fuerza de la cosa juzgada, y si por tanto, crean una obligación a cargo de un órgano administrativo, la cual es correlativa del derecho de un particular, no puede negarse que cuando se desobedece, o se deja de cumplir el fallo de la Sala Fiscal, se incurre en una violación de garantías, puesto que priva a un individuo del derecho que

surge de una sentencia firme, pronunciada por autoridad competente, y esta privación se realiza sin que el órgano administrativo actúe con arreglo a la ley, y sin que la negativa, la omisión o la resistencia estén de ninguna manera, legalmente fundadas o motivadas. Es claro, por ende, que el incumplimiento de las sentencias que pronuncie el Tribunal Fiscal, da lugar a la interposición del juicio de amparo, por violación de los artículos 14 y 16 constitucionales.²¹

Al respecto cabe decir que cuando se creó el Tribunal Fiscal de la Federación, se le atribuyó una competencia de mera anulación (que a la fecha prevalece sobre la de plena jurisdicción, y que implica únicamente la nulidad del acto impugnado, a fin de que la autoridad administrativa que lo expidió lo sustituya por otras providencias, de acuerdo con los lineamientos de la resolución judicial), misma que se confrontó con otro tipo de competencia a la que se ha llamado de plena jurisdicción (que implica el pronunciamiento de una condena específica a cargo de la administración pública activa y en beneficio del administrado reclamante). Aquí el término "plena jurisdicción" fue empleado incorrectamente puesto que no indica lo que se quiere decir. Esto es, según palabras del doctor Humberto Briseño Sierra, no hay plena jurisdicción, hay jurisdicción o no la hay; no puede haber plena jurisdicción, menos plena, semiplena o cuasijurisdicción, hay jurisdicción o no la hay. En estricto derecho se difiere de lo expresado por el doctor Briseño Sierra, ya que la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación sólo le concede a dicho Tribunal jurisdicción para la fase de cognición y omite la jurisdicción para la fase de ejecución del derecho declarado cierto en aquella primera fase jurisdiccional. A mayor abundamiento, una vez que el Tribunal Fiscal de la Federación ha declarado la certidumbre del derecho, queda abierto el problema de su realización práctica, la cual sólo se logra a través de la fase jurisdiccional de ejecución forzosa, de la que carece el referido Tribunal.

En aquellos años se estimaba que la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación era de mera anulación, porque carecía de un diseño procesal para ejecutar las sentencias que favorecían a los administrados, y es aquí donde surgió la necesidad de enfrentar el problema de la ineficacia del Estado. ¿Por qué el Estado no puede ser ejecutado? Esto es indispensable resolverlo cuando se piensa en un eficaz Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, porque una sentencia contra el Estado que no puede ser realizada, materializada, queda en el terreno de las buenas intenciones, simplemente se declaró la certidumbre del derecho (fase de cognición jurisdiccional), sin que tal derecho declarado cierto pueda ser realizado en la praxis. Si las autoridades administrativas no van a cumplir (realización voluntaria de la sentencia del tribunal administrativo) y no hay forma de constreñirlas o de cumplir por ellas, entonces solamente hay jurisdicción de cognición. Analizado lo anterior, es ahora necesario precisar qué se entiende por ejecución, porque la ejecución no es el

²¹ Véase *Apéndice al Seminario Judicial de la Federación*, tomo número 303, pp. 519-510, volumen relativo a la Segunda Sala, 1975.

mero cumplimiento. Si la parte vencida en juicio tiene que efectuar una prestación y la realiza, no hay ejecución, lo que hay en ese caso es cumplimiento. La ejecución no es la simple violencia, es la aplicación de la fuerza con apoyo en la ley y tiene la siguiente característica: se trata de realizar un mandato de autoridad por un tercero, no se trata de que el beneficiado por la sentencia vaya y, como en otros sistemas jurídicos ya superados, por sí mismo aplique dicha sentencia. Se trata de que el tercero acate la instrucción dada por el juzgador. Cuando un tribunal tiene esa potestad, entonces se dice que cuenta con jurisdicción de cognición y con jurisdicción de ejecución. Cuando un tribunal no tiene jurisdicción para ejecutar sus fallos se dice que solamente tiene jurisdicción de cognición. Sin embargo, existen muchos tribunales que carecen de la facultad coactiva y no por eso son menos competentes jurisdiccionalmente, ni menos eficaces. Por ejemplo, las salas de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas y las del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, no ejecutan, ya que ejecutan los jueces de primera instancia y, pese a ello, nadie duda que las salas tengan jurisdicción de cognición, estando además facultadas por mandato de ley para obligar a los jueces de primera instancia a atacar sus resoluciones. Por consiguiente, ejecución es la realización coactiva de la instrucción dada por una autoridad competente. En el caso del multitudinario proyecto para la creación del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, este nuevo tribunal podrá, al condenar a las autoridades administrativas federales, aplicar medios coactivos para que dichas autoridades cumplan con la condena específica que se les imponga. Por siglos se ha dicho que el Estado es inejecutable y todavía las leyes actuales como el Código Federal de Procedimientos Civiles así lo estipulan. Contra esas barreras se ha tenido que luchar en todo el mundo, no solamente en México. Por lo que hace al Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo, se propone el siguiente diseño procesal para la ejecución de las sentencias que favorezcan a los administrados:

Ante el incumplimiento por parte de la autoridad administrativa federal condenada, de la sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo (sentencia definitiva que haya causado estado, dictada ya sea por alguna de las salas regionales o por la Sala Superior de este nuevo tribunal) que favorezca al administrado, se presentará en la sala regional correspondiente un denominado "recurso de justicia administrativa". Los funcionarios públicos federales a quienes se ordene la ejecución de la sentencia no podrán excusarse para justificar su no acatamiento en la obediencia jerárquica. Pero para deslindar su responsabilidad, podrán hacer constar por escrito lo que estimen pertinente ante la sala regional que conozca del "recurso de justicia administrativa". Si renuncia el funcionario requerido o vence el periodo de su nombramiento, ello no implicará que se le exima de responsabilidades, si se produce la renuncia o la separación después de recibida la comunicación del Tribunal. En ambos casos, el nuevo funcionario tendrá que acatar la sentencia. Cuando la renuncia o separación se produzca antes de la comunicación del Tribunal, quien reemplace al funcionario en cuestión tendrá que cumplir de inmediato y bajo las mismas penas con la sentencia. La inexecución de la sentencia será castigada

con uno a diez años de prisión; los funcionarios culpables no podrán gozar de los beneficios de libertad provisional, suspensión de la pena, libertad condicional ni indulto; y tampoco podrán desempeñar cargos públicos durante los cuatro años posteriores al compurgamiento de la condena. Lo anterior se aplicará tratándose tanto de sentencias de nulidad como de sentencias de condena. Ahora bien, en el caso específico de las sentencias que condenen a algún órgano de la administración pública federal activa al pago de una cantidad líquida, tendrá dicho órgano que acordarlo y efectuarlo de inmediato si hubiere presupuesto. Si fuere preciso alguna reforma presupuestal o la promulgación de un decreto de pres.UESTO de egresos de la Federación extraordinario, se iniciará la tramitación correspondiente dentro de los dos meses a partir de la comunicación, siempre a petición de parte. El Tribunal notificará a la Secretaría de Programación y Presupuesto y a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, del monto de la condena. Pasados dos meses, contados a partir de la fecha en que el tribunal haga del conocimiento de las secretarías mencionadas el monto de la condena, sin reformarse el mencionado presupuesto o sin iniciarse el procedimiento para su promulgación, no se dará curso a ninguna iniciativa de presupuesto ordinario o extraordinario. En los pagos se seguirá un orden riguroso de presentación. Si el órgano condenado de la administración pública federal activa alegara que el cumplimiento de la sentencia, en los términos dictados por el Tribunal, produciría un trastorno grave a la hacienda federal, entonces, mediante la aprobación de la Secretaría de Programación y Presupuesto y de la Secretaría de la Contraloría General de la Federación, se fijarán las modalidades de pago, esto sin perjuicio de que se llegara a un convenio con el administrado, y aunque la sentencia no lo disponga, la administración pública federal activa estará obligada a cubrir los intereses por el tiempo de la mora. Las tasas aplicables para el pago de esos intereses serán las fijadas por el Banco de México para los depósitos a plazos fijos.

De esta forma, el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo contará con un acabado diseño procesal para la ejecución de las sentencias que beneficien a los administrados.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN MATERIA LABORAL Y ELECTORAL

A fin de que se tenga una idea muy clara de la trascendencia de la jurisdicción contencioso administrativa en casi todos los ámbitos de la vida de los administrados, se debe hacer mención especial de algunos otros organismos jurisdiccionales, ubicados dentro de los marcos de las administraciones públicas activas, que juegan papeles importantes en México:

a) La Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y las juntas locales de conciliación y arbitraje, ante quienes, dentro del ámbito de sus respectivas esferas de competencia, se desarrollan los procedimientos contencioso laborales a través de los cuales se dirimen las controversias para dictar sus laudos, ubicada la primera dentro del marco de la Secretaría del Trabajo y Previsión

Social, y las segundas dentro de los marcos de las secretarías del trabajo de los gobiernos de las entidades federativas, guardando todas ellas con las secretarías correspondientes una relación meramente presupuestaria. Cuentan con un diseño procesal para la ejecución de sus laudos. Su fundamento constitucional se encuentra en el artículo 123, fracción XX.

b) El Tribunal de lo Contencioso Electoral al que se refieren los artículos 352 al 362 del Código Federal Electoral, publicado en el *Diario Oficial* de la Federación de 12 de febrero de 1987. Sin lugar a dudas, este Tribunal constituye un sólido avance en la vida política de México, ya que su instauración permitirá contar con una instancia (ajena a toda pasión política e inclinación partidista) que controle el desarrollo del proceso electoral, desde sus etapas preparatorias y asegure su desenvolvimiento conforme al Código Federal Electoral, así como la transparencia de las acciones y mecanismos electorales. Se trata de un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de plena autonomía para resolver los recursos de apelación y queja a que se refiere el Código de referencia.

VII. CONCLUSIONES

Dada la extraordinaria importancia de las actividades de las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales, en la vida de los administrados nacionales, se estima debe reformarse la Constitución federal a fin de que en su parte dogmática queden incorporados preceptos que se refieran expresamente al procedimiento administrativo, para que a partir de dichos preceptos se elabore un Código Federal de Procedimientos Administrativos que regule las actuaciones de las autoridades administrativas federales, evitando con ello la proliferación de ordenamientos administrativos diversos, propios a cada materia administrativa, que tanto desorientan a los administrados. Estas reformas a la Constitución general de la República servirán de base para que las legislaturas locales procedan a hacer lo mismo en sus respectivas constituciones, a modo de que con posterioridad dichas legislaturas expidan códigos de procedimientos administrativos que regulen las actuaciones de los gobiernos locales, y los ayuntamientos expidan disposiciones que regulen sus actuaciones.

En los múltiples terrenos de las administraciones públicas activas federal, estatales y municipales se requiere de tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar su fallos, de competencia genérica y que cuenten con un diseño procesal a través del cual puedan obligar coactivamente a las autoridades administrativas a que cumplan los fallos favorables a los administrados, pues ello redundará en una mayor confianza de éstos en las decisiones de los representantes del poder público.

Se considera también que deben reformarse nuevamente los artículos 73, fracción XXIX-G; y 116, fracción IV, a fin de que en ambas fracciones se hable de "tribunales de lo contencioso administrativo dotados de plena autonomía para dictar y ejecutar sus fallos".

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 3ª ed., México, Imprenta Universitaria, 1979.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASILLO, Niceto, "Protección jurisdiccional del particular frente al Ejecutivo en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 8, mayo-agosto de 1970.
- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., "El procedimiento en los tribunales administrativos", *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, cuarto número extraordinario, 1971.
- AZUELA GUTIÉRREZ, Mariano, "El Tribunal Fiscal de la Federación", *Juridica*, México, número 10, tomo II, julio de 1978.
- BRISÉNE SIERRA, Humberto, "El proceso administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, número 63, enero-marzo de 1967.
- , *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, Imprenta Universitaria, 1963.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, Porrúa, 1939.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1981, México, 1981.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 15ª ed., México, Porrúa, 1973.
- HEDUÁN VISUÉS, Dolores, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, Compañía Editorial Continental, 1961.
- LARES, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, 1852, Imprenta Ignacio Cumplido (reimpresión facsimilar con prólogo de Antonio Carrillo Flores, Imprenta Universitaria, México, 1978).
- OVALLÉ FAVELA, José, "La legislación mexicana reciente sobre justicia administrativa en el derecho comparado y en el ordenamiento mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, número 110, mayo-agosto de 1978.

22. La competencia del tribunal de lo contencioso administrativo del Distrito Federal

Armando Vázquez Galván

Agustín García Silva

1. Concepto, criterios aplicables y conflictos de competencia. 2. Competencia en razón del territorio. 3. Competencia en razón de la materia. Planteamiento: A. Concepto, elementos y clasificación del acto administrativo. B. Áreas de competencia del Tribunal, sus variantes y excepciones. I. Negocios jurídicos. Actos que aumentan las facultades, los poderes o los derechos de los particulares: admisión, concesión, autorización, aprobación, visto y dispensa. Actos destinados a limitar las facultades o derechos de los particulares: sanciones o penas disciplinarias, expropiación, órdenes, revocación y anulación. II. Meros actos: manifestaciones de juicio, apreciación y opinión; manifestaciones de reconocimiento. C. Falta de contestación a las peticiones de los particulares: concepto y ubicación; requisitos para la procedencia de la acción y sus efectos.

1. La competencia de un órgano jurisdiccional es la facultad que tiene para conocer de ciertos negocios que le son atribuidos por la ley o, en algunos casos, por voluntad de las partes. Se entiende por jurisdicción la potestad de que están investidos los jueces para administrar justicia.

Para efectos de nuestro estudio, podemos señalar que la competencia es la facultad que tiene el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, conforme al

artículo 10. de la ley que lo rige, para conocer de las controversias que se susciten, en materia administrativa, entre los particulares y las autoridades del Departamento del Distrito Federal.

Tradicionalmente, la competencia de los tribunales, cualquiera que sea la materia de la que conozcan, se ha clasificado con referencia a cuatro criterios: por territorio, por materia, por cuantía y por grado.

Interesan para esta obra los dos criterios señalados en primer término, en tanto que dada la estructura orgánica del Tribunal, los segundos no tienen ninguna aplicación.

La competencia por territorio, también denominada competencia simple, atiende a la circunscripción espacial asignada por la ley para la actividad del órgano judicial. De esta manera, la competencia del Tribunal queda determinada dentro de los límites del Distrito Federal previstos en el artículo 90. de la ley Orgánica del propio Departamento que, actualmente, se encuentra dividido en dieciséis delegaciones, como lo previenen los artículos 10 y 11 de la misma ley.

La competencia por materia se determina de acuerdo con la naturaleza de las controversias sujetas a la decisión del Tribunal, atendiendo a la clasificación general del derecho sustantivo que agrupa a los preceptos jurídicos en diferentes ramas, señalándose, específicamente, esa competencia en función de cada una de ellas. De acuerdo con los términos del invocado artículo 10., la competencia del Tribunal, en función de la materia, queda circunscrita a los actos administrativos provenientes de las autoridades del Departamento del Distrito Federal, con exclusión de aquellos asuntos cuyo conocimiento corresponda al Tribunal Fiscal de la Federación, de acuerdo con el artículo 22 de su ley orgánica.

En lo que se refiere a los conflictos de competencia, el artículo 15 de la ley previene que, los que se susciten entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y los Tribunales de la Federación o de los Estados, se resolverán conforme a lo dispuesto por el artículo 106 de la Constitución Política, y los que tengan lugar con otros órganos jurisdiccionales del Distrito Federal serán resueltos por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, de la misma entidad.

De acuerdo con los términos de dicho precepto y su inter-

pretación, se puede precisar la forma de resolución de los conflictos competenciales:

a) Cuando el conflicto se presente entre el Tribunal de lo Contencioso y los Tribunales de la Federación o de los Estados, se debe resolver como lo dispone el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo tanto, el procedimiento para sustanciarlo debe ser el previsto en el capítulo primero, título segundo, del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En los casos en que los Tribunales sostengan su competencia, la Suprema Corte de Justicia será quien decida el conflicto, enviando los autos al que considere corresponde el conocimiento del asunto. A este respecto, cuando las autoridades demandadas, principalmente las de la Dirección General de Tesorería, plantean la incompetencia del tribunal por razón de la materia, se desestiman sus argumentos, ya que, además de que dicha cuestión la promueven como "causal de improcedencia", no señalan cuál sería el órgano jurisdiccional competente; en consecuencia no existe conflicto en los términos apurados.

b) Cuando el conflicto se suscite entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y otros Tribunales de la misma entidad, el Pleno del Tribunal Superior de Justicia será quien lo resuelva. En estos casos para la sustanciación y decisión de las controversias competenciales, debe apegarse a lo previsto en el capítulo tercero, título tercero, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria.

2. Si bien no existe ninguna disposición de la ley que señale expresamente cuál es el ámbito competencial del tribunal por razón del territorio, la denominación de aquél, y lo estatuido por el artículo 10. del ordenamiento que lo rige, hacen llegar a la conclusión que ejerce sus atribuciones dentro de los límites del Distrito Federal. Puede asegurarse, por lo tanto, que únicamente juzgará de actos provenientes de las autoridades del Departamento del Distrito Federal, emitidos en ejercicio de su función administrativa local.

Las autoridades que conforman la administración pública local se encuentran determinadas en los artículos 12, 29, 41 y 62 de la ley orgánica correspondiente.

Las principales, además del Jefe del Departamento, son:

Secretarios de Gobierno y de Obras y Servicios; Oficial Mayor, Delegados, Contralor General; Directores Generales de Tesorería, Jurídico y de Gobierno, Servicios Sociales, Trabajo y Previsión Social, Servicios Médicos, Habitación Popular, Ingeniería de Tránsito y Transportes, Servicios Urbanos, Programación y Estudios Económicos, Planeación, Obras Públicas, Obras Hidráulicas, Aguas y Saneamiento, Organización y Métodos, Policía y Tránsito, Información y Análisis Estadísticos, Servicios Administrativos y Relaciones Públicas; y el Procurador de Colonias Populares.

3. El artículo 10. de la iniciativa de ley, atribuía al Tribunal la potestad de "dirimir todas las controversias que se susciten entre las autoridades del Departamento del Distrito Federal y los particulares, con excepción de los asuntos que forman parte de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación". Era preciso, por lo tanto, delimitar el campo competencial del nuevo órgano jurisdiccional, pues las controversias, entre las autoridades del Departamento y los particulares, pueden ser de muy variada índole y de ellas conocer los demás órganos jurisdiccionales locales o federales, en sus respectivas materias.

Al someterse la iniciativa al dictamen de la H. Cámara de Senadores, se adicionó el texto del artículo 10., precisándose que el Tribunal tendría "a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo". Por lo que, el texto vigente del precepto que nos ocupa quedó redactado en los siguientes términos:

"El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal... tiene a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo que se susciten entre las autoridades del Departamento del Distrito Federal y los particulares, con excepción de los asuntos que forman parte de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación".

Por otra parte, el artículo 21 de la ley que se comenta preceptúa que son atribuciones de las Salas conocer:

- I. De los juicios que se sigan contra actos de las autoridades del Departamento del Distrito Federal que resuelvan un expediente o den fin a una instancia.
- II. De los juicios que se sigan contra las mismas autoridades cuando no den respuesta dentro de un término de

quince días, a las promociones presentadas ante ellas por los particulares, a menos que las leyes y reglamentos fijeen otros plazos o la naturaleza del asunto lo requiera".

Ahora bien, la causa que da origen a la controversia administrativa, como ya antes lo apuntamos, son los actos administrativos, mas, como la ley no proporciona pauta alguna, es preciso buscar un criterio técnicamente válido para delimitar las áreas competenciales del Tribunal, dado su carácter de contencioso objetivo y el alcance de sus sentencias.

Para los efectos señalados, es menester atender al concepto, elementos y clasificación de dichos actos, lo que nos conducirá al conocimiento de las diversas categorías jurídicas de los mismos. De tal modo estaremos ya en condiciones de ubicar las áreas competitivas del Tribunal, así como aquellas que quedan excluidas.

Por otra parte, toda vez que el artículo 21, fracción II, de la ley alude a un renglón específico de competencia, se dedicará a él un apartado en concreto.

A. CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASIFICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Para efecto de determinar la competencia del Tribunal debe apuntarse, como principio general, que sólo los actos formales y materialmente administrativos dan pauta al ejercicio de la acción. Estos supuestos se actualizan cuando el acto emana de las autoridades que conforman la administración pública local y, además, contiene una declaración unilateral de voluntad emitida en ejercicio de su gestión administrativa, referida a casos concretos y particulares, que produzca efectos jurídicos con relación a los gobernados.

El acto administrativo así conceptualizado tiene como elementos sustanciales concurrentes, el sujeto y su competencia, así como el objeto, el motivo, el mérito y la forma.

El sujeto del acto está constituido por los órganos a quienes se encomienda legalmente la actividad de la administración pública; se requiere, por tanto, la intervención de una persona investida de poder público y en el ejercicio del mismo con motivo de disposiciones legales que prevean su gestión.

La competencia del sujeto, en la emisión del acto admini-

nistrativo, se refiere al poder dado al funcionario para atender y resolver un negocio determinado. De esa manera, tal competencia debe estar prevista expresamente en una ley, su ejercicio es obligatorio y, por razón de las estructuras administrativas, se encuentra fragmentada entre diversos órganos, previstos expresamente en las disposiciones legales, sin que sea susceptible de renuncia, dado que es privativa del órgano que la ejerció y no un derecho del titular del propio órgano.

El objeto del acto administrativo debe estar reglamentado y atender, principalmente, al interés general o a la utilidad pública; en el caso de facultades discrecionales, el marco en el que puede actuar la autoridad no debe contrariar ni perturbar el orden público, ni ser incongruente con la función administrativa.

Todo acto administrativo tiene un motivo: el antecedente que provoca y funda su realización, lo que constituye una garantía para el particular en congruencia con lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional. Reviste singular importancia este elemento, en tanto que todo acto administrativo debe tener una causa jurídica; es decir, que su parte dispositiva o resolutoria debe estar precedida, invariablemente, de una exposición de razones o fundamentos que justifiquen la decisión. En efecto, la administración pública debe explicar la conformidad de sus actos con la ley, no sólo por virtud del principio general, según el cual la administración, sometida al derecho, está obligada a fundar sus actos, sino porque los mismos pueden ser objeto de revisión por Tribunales Administrativos y, para éstos, sería imposible constatar la legalidad del acto, si en él no se explican los motivos, es decir, su causa y fundamento. Para que se pueda interpretar fácilmente el acto, esta motivación debe ser clara, seria y no un conjunto de frases rebuscadas o discusiones inconducentes; debe también, finalmente, justificarse la relación de causalidad entre los motivos-presupuestos y los motivos-determinantes. En suma, entre la situación de hecho y la determinación de derecho, debe haber una relación efectiva, unida y consecuente.

Los fines genéricos y específicos que pretenda el acto administrativo para la realización del bien público, constituyen el elemento que se conoce como el mérito, mismo que obliga a la autoridad a evaluar su eficacia y equidad.

El último elemento, la forma, reviste singular importancia; comprende los requisitos que necesariamente debe reunir el acto administrativo, por cuanto a su exteriorización, indispensables para su validez. Este elemento constituye una garantía de legalidad para los particulares, como lo previene el artículo 16 Constitucional; debe contemplarse desde un punto de vista intrínseco, en lo que se refiere a su configuración, y extrínseco, respecto a las solemnidades que han de observarse.

Por otra parte, la doctrina ha formulado diversas clasificaciones del acto administrativo, según los elementos que lo conforman. Consideramos que, para los objetivos que nos hemos propuesto alcanzar, es decir, enumerar concretamente cuales son los actos administrativos de la competencia del tribunal, resulta adecuada la propuesta por Manuel M. Díez,¹ quien alude a dos grandes rubros constituidos por los negocios jurídicos y los meros actos administrativos, dentro de los cuales se ubican varias categorías, con sus especies, a saber:

I. NEGOCIOS JURÍDICOS. Por ellos se entienden las declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa, dirigidas a producir un efecto jurídico y que se caracterizan porque el órgano administrativo quiere el acto en sí y el efecto jurídico que el acto está destinado a producir. Comprenden las siguientes categorías:

ACTOS QUE AUMENTAN LAS FACULTADES, LOS PODERES O LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES. Especies: a) *admisión*: tiene por objeto permitir que una persona entre a formar parte de una institución, con el objeto de que participe de ciertos derechos o ventajas o goce de algunos servicios públicos; b) *concesión*: "es un acto por medio del cual se confiere a una persona, extraña a la Administración, una nueva condición jurídica, un nuevo derecho subjetivo"; c) *autorización*: es un acto por medio del cual la administración remueve un obstáculo jurídico para hacer posible el ejercicio de un derecho; d) *aprobación y visto*: el primero aprecia la conveniencia y legitimidad de un acto ya formado; el segundo declara la legitimidad del acto cuyo carácter ejecutorio deriva de la ley; e) *dispensa*: es el acto por el cual se exime a una persona del cumplimiento de una obligación.

ACTOS QUE LIMITAN LAS FACULTADES Y DERECHOS DE LOS PARTICULARES. Especies: a) *sanciones o penas disciplinarias*: son

las que impone la Administración a los particulares, por inobservancia de ciertos deberes respecto de ella; b) *expropiación*: es aquella limitación al dominio que dicta la administración pública y que comprende además la requisición y ocupación temporal; c) *revocación o nulidad*: consiste en la cesación de efectos producidos por actos que han hecho nacer derechos subjetivos en favor de los particulares; y d) *órdenes*: son aquellas declaraciones de voluntad de la autoridad administrativa que crean obligaciones para determinadas personas.

ACTOS QUE CONDICIONAN EL EJERCICIO DE UN PODER POR PARTE DE UN ÓRGANO. Son aquéllos que se producen "en cuanto la ley hace depender ese ejercicio del cumplimiento de un acto por parte de otro órgano del mismo ente público o de otro"; pueden citarse, como ejemplos, la designación, la propuesta y el requerimiento.

II. MEROS ACTOS ADMINISTRATIVOS. En ellos la actuación de la administración pública se dirige, únicamente, al cumplimiento del acto, es decir, lo realiza sin atender a los efectos que debe producir, pues éstos derivan de la ley, y no de su voluntad, como sucede en los negocios jurídicos. Comprenden las siguientes categorías:

MANIFESTACIONES DE JUICIO, APRECIACIÓN Y OPINIÓN. Especies: a) *expresión de una opinión* para resolver una cuestión jurídica, administrativa o técnica, como la emisión de un parecer técnico o la admisión de un recurso jerárquico; b) *resolución de recursos jerárquicos*; c) *comprobación de hechos, condiciones, requisitos, relaciones jurídicas*, como puede ser la inspección de una obra o de un establecimiento; y d) *exposición de las comprobaciones realizadas*.

MANIFESTACIONES DE RECONOCIMIENTO. Especies: a) *certificación* de un acto o hechos realizados, como puede ser la inscripción en un registro o la autenticación de una firma; b) *publicación*, en el *Diario Oficial*, de un reglamento o la comunicación de una resolución al interesado; c) *inscripción* en un registro de actos o hechos, como prueba de los mismos, como es el caso de los actos del estado civil referente a las personas; y d) *la intimación* hecha a una persona para que cumpla una obligación jurídica.

B. ÁREAS DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL, SUS VARIANTES Y EXCEPCIONES. En el orden de la clasificación propuesta por Ma-

nuel M. Díez, iremos deslindando las áreas competenciales del tribunal.

I. NEGOCIOS JURÍDICOS

ACTOS QUE AUMENTAN LAS FACULTADES, LOS PODERES O LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES:

a) *Admisión*. La administración pública, con motivo del ejercicio de sus funciones, realiza determinados actos, en virtud de los cuales los gobernados pueden disfrutar de ciertos derechos o beneficios, o gozar de la prestación de determinados servicios públicos.

El particular, al ubicarse dentro de los supuestos normativos previstos, se encuentra en la aptitud de exigir que el ente público local provea respecto a su admisión y, por ende, pueda gozar de los beneficios que la propia administración ha establecido.

Ante la negativa de la autoridad se surte la competencia del Tribunal y la sentencia, si es favorable para el gobernado, tendrá como consecuencia legal inevitable que se resuelva favorablemente sobre su admisión. Como ejemplos tenemos: la aceptación de la solicitud para obtener examen de aspirante al ejercicio del notariado; el otorgamiento de la categoría de "cartel" al propietario de una ganadería para que sus toros puedan ser lidiados en corridas formales en las plazas de toros del Distrito Federal; el acceso para el uso y disfrute de las instalaciones de los centros deportivos propiedad del Departamento del Distrito Federal; el goce de los servicios públicos hospitalarios que brinda el propio Departamento, y, relacionado con lo anterior, lo relativo a las peticiones de dotación de órganos visuales ante el Banco de Ojos, dependiente de la Dirección General de Servicios Médicos, creado por el reglamento publicado en la "sección extraordinaria" de la *Gaceta Oficial* número 62 bis de fecha 2 de enero de 1975.

b) *Concesión*. El tratadista Jorge Escola la conceptúa como "el acto de derecho público por el cual se confiere a una persona un poder o un derecho, que antes no tenía, al otorgarle el ejercicio de un poder o de un derecho privativo de la administración pública". Agrega que "la aceptación del

concesionario implica, necesariamente, la existencia del acto concesión, con todos sus requisitos esenciales, de modo que la voluntad del beneficiario no concurre a su formación, puesto que la concesión, como acto administrativo, existe antes de que aquélla se manifieste. El contrato de concesión es sólo la manifestación formal de la aceptación del concesionario y marca el principio de la efectividad jurídica de la concesión.²

La doctrina ha señalado que la concesión es un acto mixto, en el que convergen las siguientes características:

Es un acto reglamentario pues se determinan las normas a que ha de sujetarse el servicio, incluyéndolas dentro del instrumento en que se contenga, o remitiendo a las ya establecidas o que en el futuro se determinen.

Se identifica también con el acto condicionado, ya que los poderes y obligaciones que la ley confiere al concesionario requieren, para su vigencia de un acto intermedio, que actualice la situación prevista por la ley.

Por último, puede conceptuarse como un contrato, en tanto que protege los intereses legítimos del particular concesionario creando, a su favor, una situación jurídica individual que no puede ser modificada, en forma unilateral, por la administración pública.

De acuerdo con las características apuntadas, respecto a la concesión, es inequívoca la competencia del Tribunal para conocer de dichos actos.

El acto concesión, en sus aspectos generales, se encuentra regulado por los artículos 64 a 75, en relación con los numerales 83 y 85, de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal. Como precedentes pueden citarse, fundamentalmente, la negativa a concesionar el servicio de transporte público en automóviles de alquiler con itinerario fijo; el servicio de estacionamiento y guarda de vehículos de propiedad privada, y la explotación de locales ubicados dentro de construcciones propiedad del Departamento.

c) *Autorización.* Manuel M. Díez sostiene que el acto de que se trata consiste en la remoción de un obstáculo jurídico que hace posible el ejercicio de un derecho o de un poder que ya pertenecía al titular beneficiario del acto.³

La autorización se exterioriza mediante las licencias o permisos. Unas y otros parten de la base de que existe un

derecho preexistente, pero su ejercicio se encuentra restringido ante la posibilidad de que afecte la tranquilidad, la seguridad o la salubridad públicas, por lo que la autoridad permite el ejercicio del derecho previo sólo hasta el momento en que se satisfacen los requisitos reglamentarios. En este orden de ideas, es evidente que cualquier persona puede dedicarse a la actividad que desee, siempre y cuando sea lícita, y que el requisito de la licencia o permiso es una exigencia que atiende al interés general, por lo tanto no es admisible contemplar tales actos administrativos en forma abstracta, sino necesariamente relacionados con la existencia de un derecho que se está en aptitud de ejercitar.

Pueden precisarse, por tanto, como características de la autorización las siguientes:

i) Es unilateral, aun cuando haya sido dictada a instancia de parte interesada.

ii) Es un acto previo al ejercicio del derecho al cual se refiere; por ello se distingue del acto de aprobación, como se verá con posterioridad.

iii) Es expresa, pues se requiere una manifestación de voluntad de la administración.

iv) Es revocable, pues está sujeta a las exigencias del interés público.

En consecuencia, la competencia del tribunal se surte en contra de aquellas resoluciones desestimatorias relacionadas con las solicitudes que formulen los particulares, a efecto de que se les autorice el ejercicio de actividades reglamentadas mediante la licencia o permiso respectivos, como es el caso, por ejemplo, del funcionamiento de panaderías, tintorerías, restaurantes, carnicerías, loncherías, ostionerías, espectáculos públicos y comercio ambulante; así como para la construcción de obras, colocación de anuncios y explotación de minas de arena.

d) *Aprobación y visto.* La aprobación es un acto administrativo que se presenta cuando es necesario que el superior jerárquico dé su consentimiento para que el acto o resolución, emitida por el inferior, produzca sus efectos. Manuel M. Díez, en su obra citada, refiere que la aprobación es un medio de contralor preventivo y se realiza antes de que el acto tenga existencia en el mundo del derecho o, cuando ya formado, no ha producido aún sus efectos jurídicos; se aprecia así la

conveniencia y legitimidad del acto, a fin de observar si es de buena administración y si está debidamente requisitado.

Por cuanto al visto se refiere, el mismo autor señala que su diferencia con la aprobación radica en que, únicamente, examina la legitimidad del acto cuyo carácter ejecutorio deriva de la ley.

En puridad jurídica, los actos de que se trata no encuadran dentro de las previsiones normativas de carácter administrativo, vigentes para el Distrito Federal, sino que se dan como categorías sui generis. En efecto, en este particular, Gabino Fraga⁴ considera que dichos actos existen, en nuestro sistema, para manifestar la conformidad de la administración con los actos de los gobernados y condicionan el ejercicio de una actividad posterior a esa anuencia, la que consideramos se exterioriza bien como aprobación o visto.

Los precedentes del tribunal, y la terminología empleada en las disposiciones reglamentarias, constatan el aserto anterior. Pueden citarse como ejemplos: la aprobación de planos de construcción; la aprobación de los avalúos, por cuanto a la existencia de una inversión determinada en muebles y enseres en las tiendas de abarrotes, cuyos propietarios pretenden obtener licencia para la venta de vinos y licores en botella cerrada; visto bueno de ubicación, como requisito para que se expidan licencias de construcción, de edificaciones destinadas a industrias, centros de espectáculos, templos, ferias con aparatos mecánicos y estacionamientos, así como el visto bueno del cuerpo de bomberos para el funcionamiento de casas de huéspedes, departamentos amueblados y campos de turismo, entre otros.

Es necesario puntualizar, que este tipo de actos se pueden manifestar, dentro de la vía de tramitación administrativa, como meros actos de trámite, como resolución de un expediente o como fin de una instancia, por lo que debe estarse al análisis de cada caso concreto, para determinar si se satisface el presupuesto procesal de la definitividad a que se refiere al artículo 21, fracción I, de la ley.

e) *Dispensa*. Es el acto por el cual se exonera o exime a un particular de la obligación de cumplir un ordenamiento de carácter general o de satisfacer un requisito legal.

Este tipo de actos sólo puede presentarse cuando lo autoriza la ley; por ellos se da a la norma una elasticidad que

permite aplicarla con equidad, sin llegar a la facultad discrecional, pues se toman en cuenta circunstancias personales que no pueden estar previstas, de antemano, en la regla general. Se pueden mencionar, como actos de esta naturaleza que son de la competencia del tribunal: la dispensa de edad que otorga la autoridad administrativa para contraer matrimonio; dispensa a los tutores y curadores para contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, así como la suplencia del consentimiento de los ascendientes o tutores cuando aquél sea necesario para los mismos fines.

ACTOS DESTINADOS A LIMITAR FACULTADES O DERECHOS DE LOS PARTICULARES

a) *Sanciones o penas disciplinarias*. La potestad sancionadora es esencial a la actividad administrativa; surge de la ley y por ella es autorizada, por lo que el ejercicio de esa potestad debe ajustarse, estrictamente, a los requisitos legales que la enmarcan y delimitan. Así, Jorge Escola ha escrito que "cuando la administración impone una sanción lo hace por medio de un acto administrativo expreso, que contiene un juicio de valoración jurídica y una decisión legal".⁵

De acuerdo con las disposiciones legales de carácter administrativo de aplicación local, la inobservancia de los particulares a las prevenciones contenidas en las mismas, da lugar a que la autoridad emita estos actos. Pueden consistir en multas, clausuras temporales o definitivas y arrestos.

La competencia del tribunal en esta materia, tiene matices especiales que requieren un tratamiento específico, ya que han dado lugar a las siguientes interrogantes: ¿cuál es la distinción entre multas administrativas y fiscales? ¿la intervención de una autoridad fiscal local en el cobro de multas administrativas, da lugar a la incompetencia del tribunal? ¿existe jurisdicción concurrente con el Tribunal Fiscal de la Federación? ¿las multas impuestas por autoridades judiciales locales son de la competencia del tribunal? ¿es eficaz el juicio ante el tribunal tratándose de clausuras y arrestos?

Se intentará, en consecuencia, dar respuesta a tales cuestionamientos, atendiendo, principalmente, a precedentes y jurisprudencia.

Primero. *Multas administrativas.* Este rubro comprende todas las sanciones previstas por las leyes, reglamentos y disposiciones generales de carácter administrativo, que conforman la legislación del Departamento del Distrito Federal. Destacan las impuestas por violación a los reglamentos de tránsito, expendios de bebidas alcohólicas, restaurantes, cafés-cantantes o cabarets y salones de baile, comercios de carnes, venta y consumo de cerveza; establecimientos de hospedaje, panaderías, pulquerías, mercados, construcciones, anuncios y espectáculos públicos, entre otros. Cabe hacer notar que, por una parte, los reglamentos en general son obsoletos; algunos datan de la década de 1930 a 1940 y, tanto éstos como los posteriores, no se han actualizado a los requerimientos que exige la realidad social, política y económica de la ciudad de México; por la otra, no existe una codificación sistemática y actualizada al alcance de los particulares, lo que provoca el desconocimiento de sus derechos y obligaciones frente a la autoridad.

Quedan exceptuadas, desde luego, en términos del artículo 10, de la ley, las multas que las autoridades respectivas del Departamento del Distrito Federal impongan a los particulares en aplicación de leyes o disposiciones normativas de carácter fiscal, de cuyo conocimiento se ocupa el Tribunal Fiscal de la Federación, acorde a lo estatuido por el artículo 22, fracción IV, de su Ley Orgánica. Mas ¿cómo distinguir cuándo se está en presencia de una sanción de carácter administrativo y cuándo de una de índole fiscal?

Dilucidar la cuestión no es fácil. La doctrina ha discutido ampliamente sobre este tema. Nuestra intención es proporcionar un criterio de distinción práctico y útil, atendiendo a la sustancia de las normas legales que establecen una y otra sanción.

La potestad tributaria del estado se ejerce dentro de un marco normativo complejo, cuyos principios fundamentales derivan de la Constitución; pero, al lado de estas disposiciones también existen otros diversos conjuntos normativos que están destinados a regular cada uno de los aspectos que conforman el mecanismo tributario. Encontramos: los que definen los supuestos de las obligaciones tributarias, cuya finalidad es determinar la prestación del tributo y las obligaciones accesorias; aquéllos que rigen la actividad de la administra-

ción, en lo que concierne a dicha materia, cuyo objetivo es la recaudación y el hacer valer las prestaciones fiscales; los que están encaminados a definir las infracciones o violaciones a las normas tributarias y que establecen las sanciones aplicables y, por último, tenemos los que instrumentan la solución de las controversias que surjan entre los sujetos activo y pasivo de la relación jurídica tributaria.

En lo que se refiere al Distrito Federal, dichos conjuntos normativos, destinados a regular los diferentes aspectos que conforman el mecanismo tributario, se enumeran en el artículo 60, de la Ley de Hacienda de la propia entidad, el cual previene que son leyes y reglamentos fiscales, entre otros, la mencionada Ley de Hacienda; la Ley Anual de Ingresos; los que organicen los servicios administrativos necesarios para la recaudación, distribución, control y erogación de los ingresos del Departamento del Distrito Federal; y los que establezcan recursos en contra de las resoluciones fiscales relativas a la hacienda pública local. El mismo artículo dispone que la aplicación de esas leyes y reglamentos corresponderá a las autoridades del citado órgano administrativo y a la Tesorería; así que serán consideradas como autoridades fiscales, en tanto su actividad se encamine a la consecución de los objetivos tributarios.

Al lado de estos conjuntos normativos existen otros que rigen la actividad de la administración pública local en el ejercicio de su gestión administrativa, propiamente dicha. Están constituidos por las leyes, reglamentos gubernativos, acuerdos y disposiciones generales, cuyo contenido regula dicha gestión.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido, sobre el tema de que se viene tratando, que si bien todas las multas, "en tanto que van a parar al Erario", quedan catalogadas dentro de los cobros fiscales, *debe atenderse a la naturaleza jurídica de las mismas, que varía según la materia del ordenamiento legal que las establece.* De tal manera, el más alto Tribunal del país considera que "por fiscal debe entenderse todo aquello que se refiere al cobro y cuantificación de los impuestos y a las multas que se fijan por violación a las leyes impositivas".⁸

Por lo tanto, quede bien entendido que la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se actualiza,

tratándose de multas impuestas por las autoridades del Departamento del Distrito Federal, por infracción a las leyes, reglamentos y disposiciones generales de carácter administrativo, mas no respecto de aquéllas que son el resultado de la aplicación de leyes o reglamentos tributarios en los términos apuntados.

El criterio que hemos expresado respecto a las disposiciones legales o normas tributarias, que se califican como tales en cuanto a su contenido ya referido, nos sirve también para deslindar, de una buena vez, "los asuntos que forman parte de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación", que, como regla general de excepción a la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, establece el artículo 1o. de la ley que lo regula. Debe advertirse que el mencionado Tribunal Fiscal no sólo conoce de controversias tributarias, sino que también le son confiadas, aunque en escala restringida, otras más de carácter administrativo. En efecto, los artículos 22 y 23 de su Ley Orgánica, preceptúan:

"Art. 22. Las Salas del Tribunal conocerán de los juicios que se inicien en contra de las resoluciones definitivas que se indican a continuación:

"Fracc. I. Las dictadas por autoridades fiscales federales, del Distrito Federal o de los organismos autónomos, en que se determine la existencia de una obligación fiscal, se fije en cantidad líquida o se den las bases para su liquidación.

"Fracc. II. Las que nieguen la devolución de un ingreso, de los regulados por el Código Fiscal, indebidamente percibidos por el Estado.

"Fracc. III. Las que causen un agravio en materia fiscal, distinto al que se refieren las fracciones anteriores.

"Fracc. IV. Las que impongan multas por infracción a las normas administrativas federales y a las disposiciones fiscales del Distrito Federal.

"Fracc. V. Las que nieguen o reduzcan las pensiones y demás prestaciones sociales que concedan las leyes en favor de los miembros del Ejército y de la Armada Nacional o de sus familiares o derechohabientes, con cargo a la Dirección de Pensiones Militares o al Erario Federal, así como las que establezcan obligaciones a cargo de las mismas personas, de acuerdo con las leyes que otorgan dichas prestaciones. Cuando el interesado afirme para fundar su demanda que le corresponde un mayor número de años de servicios que los reconocidos por la autoridad respectiva, que debió ser retirado

con grado superior al que consigne la resolución impugnada, o que su situación militar sea diversa de la que le fue reconocida por la Secretaría de la Defensa Nacional, o de la de Marina, según el caso; o cuando se versen cuestiones de jerarquía, antigüedad en el grado, o tiempo de servicios militares, las sentencias del Tribunal Fiscal sólo tendrán efectos en cuanto a la determinación de la cuantía de la prestación pecuniaria que a los propios militares corresponda, o a las bases para su depuración.

"Fracc. VI. Las que se dicten en materia de pensiones civiles, sean con cargo al Erario Federal o al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

"Fracc. VII. Las que se dicten sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebradas por las dependencias del Poder Ejecutivo Federal.

"Fracc. VIII. Las que constituyan responsabilidades contra funcionarios o empleados de la Federación o del Departamento del Distrito Federal, por actos que no sean delictuosos."

"Art. 23. Las Salas del Tribunal conocerán de los juicios que promuevan las autoridades para que sean nulificadas las resoluciones administrativas favorables a un particular, siempre que dichas resoluciones sean de las previstas en el artículo anterior como de la competencia del Tribunal".

También, en términos del artículo 95 de la Ley General de Instituciones de Seguros y Fianzas, en relación con el artículo 24 de la Ley Orgánica del propio tribunal, otorga competencia a dicho órgano jurisdiccional para conocer de las demandas presentadas por las compañías afianzadoras en contra del requerimiento de pago que les formule la Tesorería de la Federación o la Tesorería local, con motivo de la comunicación que reciban éstas de la autoridad ante la cual se exhibió la fianza.

El análisis de las disposiciones transcritas revela que la competencia del Tribunal de lo Contencioso no se actualiza respecto de los actos que, aun emanando de las autoridades del Departamento del Distrito Federal, tienen por contenido sustancial la materia tributaria local; tampoco será competente para conocer de aquellos actos que, si bien son materialmente administrativos, no emanan de autoridades locales; por último, conforme al texto vigente de la fracción IV del citado artículo 22, existe jurisdicción concurrente entre ambos

tribunales tratándose de multas por infracción a normas administrativas federales, impuestas por los órganos gubernativos del Distrito Federal.

Ahora bien, la regla de excepción, contenida en el artículo 10, de la Ley del Tribunal de lo Contencioso, no presenta en la actualidad cuestionamientos técnico-jurídicos, dada la claridad del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación; la justificación de dicha regla tiene como antecedente que, al crearse el Tribunal local, la competencia respecto de todas las multas administrativas impuestas por las autoridades del Departamento del Distrito Federal, correspondía al Tribunal Fiscal, conforme al texto anterior de la fracción IV del mencionado artículo 22.

En efecto, dicha fracción atribuía competencia, a las Salas del mencionado órgano jurisdiccional, para conocer de las resoluciones definitivas que impusieran multas por infracción a las normas administrativas federales o del Distrito Federal.

Con motivo de la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en congruencia con sus objetivos, se reformó tal fracción, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial* de 29 de diciembre de 1971, suprimiendo la competencia del Tribunal Fiscal para conocer de las multas impuestas por infracción a las leyes, reglamentos y disposiciones generales administrativas del Distrito Federal.

Segundo. *Procedimiento económico-coactivo.* Se ha discutido si la competencia del Tribunal, en cuanto a las multas administrativas, comprende el análisis de la legalidad de la resolución impositiva, y el procedimiento económico-coactivo que tramita, como autoridad ejecutora, la Dirección General de Tesorería del Distrito Federal.

Consideramos que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal es competente para conocer también del procedimiento económico coactivo, por las siguientes razones:

i) La objeción fundamental a la competencia del Tribunal se ha hecho consistir en que el procedimiento económico coactivo, además de estar regulado por la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal, catalogada como una ley fiscal, queda comprendido por su propia naturaleza dentro del rubro "materia fiscal", y que, por lo tanto, su cono-

cimiento corresponde al Tribunal Fiscal de la Federación. Los que sostienen este argumento no han tomado en consideración que, dada la falta de sistematización de los ordenamientos legales, es menester atender en cada caso a la sustancia de la norma para determinar si pertenece al campo tributario o administrativo, como antes lo hemos apuntado. Si bien la Ley de Hacienda está catalogada como una ley fiscal, todas sus disposiciones no guardan necesariamente esa caracterización material, ya que, entre ellas, existen normas que caen dentro de aspectos meramente administrativos, como es el caso, por ejemplo, de la reclamación contra la exigencia de la Tesorería para la exhibición de los antecedentes del Registro Público de la Propiedad o el oficio de subdivisión del predio, para dar trámite al pago del impuesto sobre traslación de dominio, asunto respecto del cual, el Juez Segundo de Distrito del Distrito Federal en Materia Administrativa, en la resolución pronunciada en el juicio de amparo número 446/72, sostuvo que el Tribunal era competente, precisamente por tratarse de trámites administrativos. En lo que se refiere a la segunda parte del argumento en que se pretende fundar la objeción, el procedimiento económico coactivo, derivado de multas por infracción a las leyes y reglamentos de carácter administrativo, no reúne las características de la materia tributaria, como se deduce de lo establecido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis relacionada con la jurisprudencia número 227, visible a fojas 387, tercera parte, sección segunda, del apéndice de 1917 a 1975, que a la letra dice:

"Materia Fiscal. Significación. Por materia fiscal debe entenderse lo relativo a la determinación, a la liquidación, e pago, la devolución, la exención, la prescripción o el control de los créditos fiscales, o lo referente a las sanciones que se impongan con motivo de haberse infringido las leyes tributarias".

ii) Existen actos administrativos que por sí mismos, sin necesidad de otros posteriores, producen todos sus efectos legales. En cambio, existen otros que se van sucediendo por diversas etapas o fases, de tal manera que, uno es el antecedente del otro y a su vez éste es consecuencia del anterior; es el caso de las multas, que tienen como antecedente una

acto de infracción y a su vez son antecedente del procedimiento económico-coactivo. De separar las diversas etapas, que en su conjunto constituyen el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se provocarían situaciones confusas e imprácticas. En efecto, el Tribunal de los Contenciosos Administrativos sólo conocería de la legalidad de la multa administrativa, y el Tribunal Fiscal de la Federación del procedimiento económico-coactivo, lo que daría lugar a que el particular tuviera que instaurar dos juicios ante tribunales diversos, uno local y otro federal, con la posibilidad de que ello suscitara, innecesariamente, conflictos de competencia y resoluciones contradictorias. En cambio, si atendemos a la unidad del procedimiento sancionador, y a los motivos que justificaron la reforma de la fracción IV del artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, es inconcuso que el Tribunal de los Contenciosos Administrativos es competente para conocer del procedimiento económico-coactivo derivado de la imposición de multas de carácter administrativo.

iii) Por último, en apoyo de los razonamientos apuntados, el Pleno del Tribunal ha sustentado la jurisprudencia identificada con el número 4, publicada en la *Gaceta Oficial* de fecha 10 de octubre de 1976, que textualmente determina:

"SOBRESERIMIENTO, ES INFUNDADO CUANDO SE INVOKA CON BASE EN QUE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA INTERVINO SOLAMENTE EN UNO DE LOS ACTOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR. Las actas de inspección constituyen el antecedente o motivo de las multas impuestas por las autoridades administrativas, ya que integran una de las etapas del procedimiento sancionador, por lo que es infundado el sobreseimiento invocado por dichas autoridades, si se basan en que únicamente intervinieron en alguno de esos actos."

No obstante que está delimitada la competencia de ambos tribunales, la realidad es que existe confusión entre los particulares dada la denominación del tribunal, la cual sugiere que, como órgano jurisdiccional para el Distrito Federal, está destinado a dirimir todas las controversias que

se susciten entre ellos y las autoridades del Departamento, por lo que, en reiteradas ocasiones, han planteado ante él cuestiones de índole tributaria local. Por otro lado, cabe agregar que no existe justificación para que los actos de la administración pública de la entidad sean juzgados parcialmente por dos tribunales de lo contencioso administrativo, uno con jurisdicción federal y el otro con jurisdicción local.

En tal virtud, es de desearse que se promuevan las reformas legislativas necesarias a fin de que el Tribunal de los Contenciosos Administrativos del Distrito Federal, como se señaló en la exposición de motivos de la ley que lo creó, juzgue en su integridad los actos de las autoridades del Departamento tanto administrativos como fiscales.

Tercero. *Jurisdicción concurrente.* Un renglón importante, dentro del área de competencia del tribunal, lo ocupan las multas que, por infracciones a las leyes y reglamentos de trabajo impone a los "patrones" la Dirección General de Trabajo y Previsión Social, dependiente del Departamento del Distrito Federal, atribución que le corresponde en términos del artículo 47, apartado 8 de la Ley Orgánica del propio Departamento.

En relación con estas sanciones se presenta la llamada jurisdicción concurrente, conceptualizada por el artículo 104 Constitucional, en el sentido de que, en la aplicación de las leyes federales de interés particular, pueden conocer indistintamente, a elección del accionante, los jueces o tribunales del orden común de los Estados o del Distrito Federal, o los jueces federales.

Este tipo de concurrencia se actualiza con el Tribunal Fiscal de la Federación en función de lo dispuesto por la fracción IV del artículo 22 de su ley orgánica, pues la actuación de la autoridad local es con motivo de la infracción a normas administrativas contenidas en la Ley Federal del Trabajo. Cabe señalar que es elevado el índice de demandas que, en relación con esta materia, se presentan ante el Tribunal de lo Contencioso.

Cuarto. *Multas impuestas por autoridades judiciales.* Las multas que imponen las autoridades judiciales del Distrito Federal, ya sea del orden civil, familiar, penal o laboral, quedan excluidas de la competencia del Tribunal, ya que

dichas sanciones no son impuestas por infracción a las leyes, reglamentos o disposiciones generales de carácter administrativo, sino de acuerdo con los ordenamientos procesales que regulan las diferentes materias y que tienen por objeto hacer cumplir sus determinaciones. Este criterio se sostuvo, por ejemplo, en el juicio número 439/76, en el que el actor impugnaba una multa que le fue impuesta por el Secretario General de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Distrito Federal y, al respecto, se consideró lo siguiente: "... dicha autoridad de acuerdo con la Ley Federal del Trabajo y artículo 60, segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, forma parte de un órgano jurisdiccional destinado a impartir justicia entre patrones y trabajadores. Por lo anterior, es evidente que la resolución impugnada no reviste las características propias de un acto administrativo, ni proviene de una autoridad del mismo orden; en consecuencia, con fundamento además en los artículos 49 fracción XI y 66 fracción II de la Ley de este Tribunal, se desecha la demanda".

Quinto. *Arrestos y clausuras*. Finalmente, entre las sanciones que las autoridades administrativas del Departamento pueden imponer a los particulares, destacan los arrestos y las clausuras, como consecuencia de la infracción a disposiciones normativas de carácter administrativo. Este grupo de sanciones también son de la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

En cuanto a los arrestos, se presenta una realidad que hace nugatoria la función jurisdiccional del Tribunal. En efecto, sucede que, en la práctica, cuando se imponen, se ejecutan de inmediato y sin conceder garantía de previa audiencia al afectado. La consecuencia resultante es que la instauración del juicio ante el Tribunal impugnando tal acto, será inútil, pues para cuando se dicte sentencia, aun cuando el juicio se tramite con toda celeridad, el arresto impugnado, así sea hasta por 15 días, habrá adquirido el carácter de acto consumado de modo irreparable, por lo que se decretará el sobreseimiento conforme a lo previsto por el artículo 49 fracción V de la Ley que rige al propio Tribunal; o bien con apoyo en la fracción IX del susodicho artículo, pues habrán cesado los efectos del acto. Asimismo, si se solicitare la suspensión, ésta seguramente será negada, pues

el ordenamiento legal citado no contiene previsiones que la hicieran funcionar en estos casos, sino sólo la regla general —ya superada doctrinalmente— de que "la suspensión tendrá por efecto mantener las cosas en el estado en que se encuentren en tanto se pronuncia sentencia" (art. 52). Así, en el juicio número 72/73, se consideró en el auto admisorio lo siguiente: "... En virtud de que el artículo 52 de la ley invocada (Ley del Tribunal), establece que la suspensión tiene por efecto mantener las cosas en el estado en que se encuentren en tanto se pronuncia sentencia, y de que según se relata en la demanda el actor está cumpliendo un arresto de treinta y seis horas y que el automóvil que manejaba está en posesión de las autoridades, no es posible se produzcan los efectos de la suspensión, por lo que es de negarse ésta". A la postre dicho juicio se sobreseyó con base en el artículo 49 fracción IX, "por haber cesado los efectos de los actos reclamados".

Ante estas circunstancias, es conveniente la reforma al capítulo VI de la Ley del Tribunal, relativo a la suspensión, a efecto de que el particular afectado pueda obtener su libertad de inmediato, en virtud del otorgamiento de la propia medida cautelar.

Tratándose de clausuras, dada la celeridad del procedimiento, la restitución en el derecho afectado al particular, de ser procedente su acción, opera en breve lapso, pues, como consecuencia de la sentencia definitiva que se dicte, la autoridad demandada deberá proceder de inmediato al levantamiento de los sellos de clausura.

No obstante, es preciso que las Salas del Tribunal dispongan, en virtud de las adiciones a la ley que lo rige, de medios coercitivos adecuados para imponer el cumplimiento de sus determinaciones ya que, en ocasiones, las autoridades administrativas, pese a las medidas de apremio que se les han aplicado, difieren, argumentando cuestiones intrascendentes, el cumplimiento de la sentencia.

Por otra parte, tratándose de aquellas clausuras respecto de giros que constituyan la única fuente de la que dispone el particular para su vital subsistencia, es de desearse que opere la suspensión con efectos reparatorios.

b) *Expropiación*. Esta especie "constituye un acto por medio del cual el Estado impone a un particular la cesión de

su propiedad mediante ciertos requisitos, de los cuales el principal es la compensación que al particular se le otorga por la privación de su propiedad". Sólo procede por causa de utilidad pública, la cual existe "cuando la privación de propiedad sea necesaria para la satisfacción de las necesidades colectivas", siempre y cuando dicha satisfacción se encuentre encomendada al Estado.⁷

De acuerdo con la Ley de Expropiación de aplicación local en términos de su artículo 21, actualizados los supuestos de utilidad pública y previa declaratoria del Ejecutivo Federal, la afectación al particular puede consistir en la emisión del acto de que se trata, bien en la ocupación temporal, total o parcial, o en la simple limitación de los derechos de dominio para los fines del Estado o en interés de la colectividad. Contra dicha declaratoria, los gobernados pueden inconformarse haciendo valer el recurso de revocación; si se controvierte el monto de la indemnización, en lo que se refiere a las mejoras o deterioros del inmueble ocurridos con posterioridad a la fecha de la asignación del valor fiscal, su cuantificación se determinará judicialmente; por último, si los bienes afectados no se destinan al fin que motivó la declaratoria respectiva el administrado podrá reclamar, dentro del término de cinco años, la reversión o la insubsistencia del acuerdo que haya decidido la ocupación o limitación de dominio.

Ahora bien, por lo que toca a la declaratoria, de expropiación, ocupación temporal, total o parcial, o a la limitación de los derechos de dominio, en función de que ésta emana del titular del Poder Ejecutivo Federal, no se surte la competencia del Tribunal. Tampoco será competente para conocer de las controversias que, en los términos apuntados se susciten sobre el monto de la indemnización, puesto que la Ley de Expropiación asigna tal atribución a las autoridades formal y materialmente judiciales.

En cambio, si se tiene competencia para conocer de los actos de las autoridades propias del Departamento del Distrito Federal encaminados a la ejecución, en casos concretos, de los decretos expedidos por el Presidente de la República, conteniendo la declaratoria cuyos alcances se han indicado, sin que ello implique el análisis del decreto, por sí mismo, independientemente de su aplicación. De esta manera, por

ejemplo, se ha impugnado ante el Tribunal la legalidad de las órdenes emitidas por el Procurador de Colonias Populares, dependiente del aludido Departamento, tendientes a la ejecución de un decreto expropiatorio, con el objeto de obtener la desocupación y posesión de predios, como aconteció en los recursos de revisión números 9/76-1242/75, 7/76-1201/75, 2/76-1199/75, 1/76-1159/75 y 5/76-1217/75; criterio respecto del cual se ha formado jurisprudencia.

También le corresponde conocer de las resoluciones que dicta el Jefe del Departamento del Distrito Federal en materia de reversión.

Téngase presente, a este respecto, que la Dirección General Jurídica y de Gobierno emite opinión sobre la procedencia o improcedencia de las solicitudes de reversión, pero es al Jefe del Departamento a quien corresponde resolver en definitiva, para efectos del artículo 21, fracción I, de la Ley.

En cuanto al pago de la indemnización correspondiente, existen variantes que es preciso analizar.

Si dicho pago se exige por vía de acción ante el Tribunal, éste será incompetente para conocer de la reclamación, dado su carácter de contencioso objetivo o de anulación, ya que, en tal supuesto, sus atribuciones no le permiten determinar sobre la existencia y extensión de ese derecho y, consecuentemente, condenar a la autoridad a efectuar el pago; atribuciones que en cambio sí ejercía antes de la reforma de 1973, pues, como se ha dicho, estaba estructurado como un contencioso de plena jurisdicción.

En el caso de que el administrado haya formulado la solicitud de pago ante la autoridad y ésta emita resolución negándole su pretensión, si será procedente contra tal decisión el ejercicio de la acción ante el Tribunal, el que estudiará sobre su legalidad o ilegalidad y, en el supuesto de que se declare procedente la acción, en términos del artículo 79 de la Ley, se dejará sin efecto la negativa impugnada y "las autoridades responsables quedarán obligadas a otorgar o restituir al actor en el goce de los derechos que le hubieren sido indebidamente afectados o desconocidos".

Si la autoridad no da respuesta a la solicitud de pago que se le haya formulado, el Tribunal será competente para conocer de dicha omisión, y la sentencia expresará, de acuer-

do con la naturaleza del asunto, el plazo que se dé a la autoridad para contestar la petición. (art. 77 fracción III)

c) *Ordenes*. Son aquellos actos en virtud de los cuales la autoridad impone a los particulares ciertas obligaciones, positivas o negativas, con el apercibimiento de la aplicación de una sanción en caso de incumplimiento. Dichos actos se conceptúan, "como una declaración de voluntad emitida por un sujeto de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa ordenadora, dirigida a imponer a un sujeto pasivo obligaciones inmediatas y directas, previa la conminación de una sanción en caso de desobediencia".⁵

Esta categoría de actos administrativos es de la competencia del Tribunal. De los precedentes que existen, apuntamos entre otros, los siguientes casos: órdenes de demolición de construcciones ruinosas o peligrosas; de traslado de industrias; de suspensión de obras; de reparación de inmuebles o vehículos; y desocupación de construcciones en las condiciones mencionadas con anterioridad.

d) *Revocación y Anulación*. "La revocación es el retiro unilateral de un acto válido y eficaz, por un motivo superveniente".⁶ Sus características principales son: sólo procede respecto de actos válidos; es posterior al acto original; se refiere a condiciones de oportunidad, es decir a la coincidencia del acto con el interés público; es un acto de naturaleza constitutiva; y, por regla general, sólo elimina a partir de ella los efectos del acto revocado.

La revocación puede realizarse en forma especial o expresa, o bien en forma implícita, por medio de un acto posterior que revoque el anterior por incompatible.

El tribunal tiene competencia para conocer de este tipo de actos, en tanto que requieren de la reunión de elementos y requisitos legales a los que se debe ajustar la administración pública local. Puede citarse a este particular el juicio núm. 409/76, en el que se controvertió la revocación, por parte de la autoridad, de una licencia que había otorgado al propietario de un circo para que pudiera instalarse y funcionar en uno de los terrenos propiedad del Departamento del Distrito Federal; la autoridad adujo, como motivo del acto, que a dicho terreno se le daría otro destino de interés público. Así también como otros ejemplos apúntense la revocación de los permisos otorgados a los particulares para

el aprovechamiento de la vía pública, y la cancelación de licencias para automovilistas en presencia de los supuestos a que aluden los artículos 231 y 232 del nuevo Reglamento de Tránsito para el Distrito Federal.

Por la anulación, se retira un acto que, desde su origen, carece de legitimidad. Deriva del vicio original de ilegalidad del acto primitivo, es declarativa y elimina, desde su nacimiento, los efectos del acto. Se actualiza también la competencia del tribunal y pueden citarse como ejemplos, en términos del artículo 91 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, los acuerdos, concesiones, permisos o autorizaciones otorgadas por autoridades, funcionarios o empleados que carezcan de la competencia para ello, o los que dicten con violación a un precepto legal o por error, dolo o violencia que perjudiquen o restrinjan los derechos de la administración local sobre sus bienes de dominio público. Dichos acuerdos, concesiones, permisos o autorizaciones, agrega el artículo invocado, "serán anulados administrativamente, previa audiencia de los interesados".

II. MEROS ACTOS

MANIFESTACIONES DE JUICIO, APRECIACIÓN Y OPINIÓN

Estas especies comprenden aquellos actos que realiza la administración a instancia de parte interesada u oficiosamente y cuyos efectos se encuentran previstos anticipadamente por la ley; tienen, por lo tanto, en lo que atañe a la expresión de opiniones, comprobación de hechos y exposición de dichas comprobaciones, un carácter meramente instrumental y quedan sujetos a que la autoridad, con base en ellos, actualice, posteriormente, mediante declaración unilateral de voluntad, las consecuencias jurídicas que de los mismos se deriven.

Puede citarse, para ilustrar el aserto, la expresión de la opinión de los Delegados en el trámite para la expedición de ciertas licencias de funcionamiento, necesaria para que la autoridad competente resuelva en definitiva dentro de la misma estructura orgánica del Departamento del Distrito Federal. Otro ejemplo es la comprobación de hechos, condiciones o requisitos, relativa a la instalación y funciona-

miento de giros reglamentados o establecimientos comerciales o industriales, para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales que les son aplicables, comprobación que es expuesta documentalmen- te para que la autoridad, con apoyo en la situación fáctica constatada, emita una decisión.

Esta especie de meros actos tiene relación con las áreas de competencia que hemos analizado al tratar sobre los negocios jurídicos. Es pertinente destacar que dichos actos instrumentales no tendrán por sí el carácter de definitivos y, por ende, no serán impugnables ante el Tribunal, hasta en tanto la autoridad, con base en ellos y dentro de la vía administrativa, determine lo que corresponda en cada caso concreto con el cual aquellos tengan relación causal.

Se ubican también dentro de esta categoría, las resoluciones que emita la autoridad administrativa dentro del procedimiento oficioso en sentido amplio; pueden ser instrumentales o definitivas y se relacionan de igual manera con los actos enumerados al tratar de los negocios jurídicos. Serán impugnables ante el tribunal cuando satisfagan el presupuesto de la definitividad conforme a las reglas que ya hemos enunciado.

MANIFESTACIONES DE RECONOCIMIENTO

Dentro de este rubro de meros actos pueden citarse la certificación, la inscripción y la publicación o notificación. En virtud de la primera se expresa la exactitud o veracidad de un hecho o un acto pasado ante la autoridad administrativa. La inscripción es un acto de registro en virtud del cual se establece una constancia fehaciente de un hecho o acto determinado.

La publicación o notificación tiene por objeto que la administración haga saber formalmente una disposición general o una orden específica al particular destinatario que deba cumplirla; la primera puede comprender, por ejemplo, reglamentos o acuerdos en materia de desconcentración de atribuciones, respecto de los Delegados del Departamento del Distrito Federal, y la segunda tiene importancia para el cómputo del plazo en que podrá deducirse la acción contencioso administrativa.

Destacan, por su relevancia dentro de áreas de compe-

tencia del Tribunal, la certificación y la inscripción, temas que son sumamente complejos. Apuntaremos, en aras de los objetivos propuestos, la regla general y sus excepciones, ya que dichos actos dan lugar a casos de fronteras competenciales entre el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal y los Tribunales Civiles.

En términos generales, la declaración de la autoridad administrativa, contenida en constancias y certificaciones, no presenta problemas cuando se refiere a la constatación de hechos respecto a los antecedentes que obren en sus archivos, libros o registros, o bien con aquellos datos que les proporcionen los particulares. En estos casos, es evidente la competencia del tribunal ante la negativa a expedirlas o la inexactitud en cuanto a su contenido; pueden citarse como ejemplos el certificado de residencia, constancias de no adeudos, certificación de firmas y documentos. De igual manera es competencia del tribunal la inscripción en los variados registros o padrones de los que dispone la autoridad administrativa para el ejercicio de sus atribuciones; como ejemplos pueden citarse la negativa, duplicidad o inexactitud de inscripciones relativas a comerciantes de los mercados públicos, asociaciones gremiales, vendedores ambulantes y pe- ritos responsables de obras de construcción.

Lo referente a este tipo de actos presenta características específicas por cuanto a la competencia tratándose del Registro Civil y Registro Público de la Propiedad.

Por lo que atañe al primero, aunque está destinado a autenticar el estado civil, es inconcuso que, si las autoridades que integran las entidades respectivas negaran la expedición de certificaciones respecto de actos o hechos realizados ante ellas, al Tribunal competará conocer de la legalidad o ilegalidad de dichas negativas, así como de las que conciernen a la prestación del servicio público relacionado con las funciones inherentes a las autoridades en la materia, ya que, precisamente, en términos de lo preceptuado por los artículos 35, 37, 39 y 48 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, es a cargo de los titulares de la citada institución registral, autorizar los actos del estado civil, asentarlos o inscribirlos en los libros respectivos y extender las actas correspondientes.

En relación con lo anterior, el artículo 272 del Código

invocado regula el llamado divorcio administrativo que de acuerdo con los supuestos y requisitos previstos por el mismo dispositivo, se tramita y resuelve por los jueces del Registro Civil. Es manifiesto que la instrumentación y decisión que se adopte en esta materia quedan comprendidas dentro del ámbito administrativo; formalmente, en razón de la naturaleza del funcionario que interviene y de su dependencia respecto a los Delegados del Departamento del Distrito Federal, según acuerdo de desconcentración publicado en la *Gaceta Oficial* de fecha 15 de agosto de 1972, y, materialmente, en virtud de que la voluntad de la autoridad se encamina sólo al cumplimiento del acto, lo que implica una mera función documentaria a través de la cual reconoce que una situación fáctica, dada entre dos particulares, concuerda con los requisitos previstos para que se produzcan los efectos que la ley le atribuye, sin que ello presuponga decisión alguna que resuelva controversia o tutelara determinados intereses sociales.

Por ende, aun cuando no existen precedentes en este renglón, consideramos que se actualiza la competencia del tribunal.

Por último, la inexactitud o el error en las inscripciones relativas al estado civil no da lugar a la acción contencioso administrativa, por corresponder su conocimiento a los jueces de lo familiar.

El Registro Público de la Propiedad del Distrito Federal, de acuerdo con el Código Civil y el reglamento que lo rige, tiene como atribuciones esenciales la inscripción de títulos y documentos que, conforme a las disposiciones legales aplicables, deban registrarse; en función de la publicidad de esta institución, los encargados de la misma tienen la obligación de proporcionar, a las personas que lo soliciten, la información de las inscripciones que consten en los libros correspondientes, así como expedirles las certificaciones relacionadas con los actos materia de registro.

Por lo señalado, puede apuntarse como principio general, que el ejercicio de las funciones aludidas es formal y materialmente de carácter administrativo, ya que en términos del artículo 45, apartado 9o., de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, corresponde a la Dirección General Jurídica y de Gobierno acatar, coordinar y vigilar

el cumplimiento de las disposiciones en materia de registro público de la propiedad y, por otro lado, tales funciones se expresan mediante el asentamiento de constancias fehacientes de actos jurídicos determinados y la expedición de certificados relativos a la existencia o no de tales constancias. En ambos casos, la autoridad no determina los efectos que deban producirse, pues éstos están previstos de antemano por la ley.

Partiendo de la premisa anterior, delimitaremos a continuación los casos en que se surte la competencia del tribunal:

i) Negativa a inscribir aquellos títulos que, según la autoridad, no reúnan los requisitos extrínsecos o de forma a que aluden los artículos 3013 del Código Civil y 31 del Reglamento del Registro Público de la Propiedad.

ii) Negativa a inscribir los títulos cuando no contengan los requisitos intrínsecos o de fondo previstos por el artículo 3015 del propio Código Civil, siempre y cuando tal negativa se funde en la apreciación errónea del registrador sobre dichos requisitos, pues, de ser omiso o irregular el título respecto de cualquiera de ellos, el tribunal carece de atribuciones en razón de que tales faltas o anomalías requieren de rectificaciones, reposiciones o resoluciones cuyo conocimiento y decisión quedan fuera del alcance del contencioso administrativo.

iii) Cuando se devuelva el título sin registrar, por carecer de requisitos extrínsecos o intrínsecos y la autoridad se niegue a efectuar la inscripción preventiva a que se refiere el artículo 3014 del Código invocado.

iv) Contra la negativa a cancelar anotaciones marginales que estén en notoria y evidente contradicción con las inscripciones principales, o bien cuando aquéllas se hayan ordenado por autoridad que carezca de facultades para ello.

v) Contra la negativa a registrar, como inscripción principal, los actos a que alude el artículo 80 del Reglamento de la materia.

vi) Negativa de inscripción del plano relativo a un fraccionamiento, en términos del artículo 52 del reglamento de la propia institución.

vii) Negativa a rectificar los errores materiales cometidos en las inscripciones, cancelaciones, asientos de presentación,

números marginales e indicadores de referencia, como lo previenen los artículos 84 y 85 del multicitado reglamento.

viii) Negativas a expedir certificaciones de las inscripciones o constancias que obren en los libros de registro, así como las que se refieran a la no existencia de asientos, de ninguna especie, sobre bienes específicamente señalados, conocidos comúnmente como "certificados de no inscripción". Es pertinente hacer hincapié que, para la expedición de estas últimas certificaciones, el registrador sólo está facultado para solicitar del interesado las aclaraciones necesarias si, por cualquier circunstancia, fuere de temerse error o confusión, lo que debe evaluar legalmente en forma adecuada y razonable, sin exigir aclaraciones inconducentes o documentos irrelevantes que deba recabar el administrado en organismos públicos ajenos a la institución de que se trata y no previstos por el reglamento de la materia.

No es óbice para dejar de adoptar las conclusiones apuntadas el hecho de que en los ordenamientos en consulta se aluda a la necesidad de resolución judicial para que se efectúe el registro de títulos cuya inscripción haya sido negada, puesto que las decisiones del tribunal, en las áreas y casos de competencia que hemos delimitado, revisten las características esenciales de una resolución de esa naturaleza.

C. FALTA DE CONTESTACIÓN A LAS PETICIONES DE LOS PARTICULARES

Como área específica de competencia del tribunal, con características singulares, está prevista por el artículo 21, fracción II, de la Ley, la acción que es materia del presente apartado. Su estudio implicará examinar su peculiar significación, los casos que comprende y su diferencia con la negativa ficta.

CONCEPTO Y UBICACIÓN

El tratadista argentino Manuel J. Argañarás refiere que el silencio de la autoridad ante una instancia que le es formulada, se aprecia como denegación del derecho reclamado ante ella, con el propósito de poner término al estado de incertidumbre que provoca y da origen, en consecuencia, a la

vía contencioso administrativa, mediante el ejercicio de la que denomina "acción por retardación".¹⁰

Manuel M. Díez, por su parte, ha escrito que la inercia del ente público se traduce en una forma de ejercicio de la función administrativa, por lo que su silencio significa normalmente rechazo o desconocimiento.¹¹

Puede advertirse, de lo anterior, que dichos criterios son coincidentes, en cuanto a la identificación del silencio de la administración, con lo que el Código Fiscal de la Federación identifica como negativa ficta.

Sin embargo, el precepto invocado de la ley del tribunal establece, al respecto, una figura jurídica con características y alcances propios, como se verá a continuación. En efecto dicho numeral confiere atribuciones a las Salas para conocer de los juicios que se sigan contra las autoridades del Departamento del Distrito Federal, cuando no den respuesta, dentro de un término de 15 días, a las peticiones presentadas ante ellas por los particulares, a menos que las leyes y reglamentos fijen otros plazos o la naturaleza del asunto lo requiera.

Ahora bien, la negativa ficta se traduce en denegación presunta o implícita del derecho reclamado ante la Administración, la que se actualiza si la autoridad no contesta en el plazo de 90 días a que se refiere el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación. En cambio, conforme a la Ley del Tribunal, el retardo o la demora en la contestación a la petición del particular, no produce la presunción de rechazo al derecho reclamado, sino que el objeto de la acción de que se trata es obtener una respuesta a la petición formulada, la cual puede ser favorable o adversa.

Si bien el origen de esta acción deriva de la garantía consagrada en el artículo 80. Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal le ha dado perfiles propios, en íntima relación con la administración pública local.

REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN Y SUS EFECTOS

Para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 21, fracción II, de la Ley del Tribunal, en relación con la regla general contenida en el artículo 10. del mismo ordenamiento, se deben satisfacer los siguientes requisitos:

a) Que la omisión de la autoridad sea con motivo de una petición formulada por el particular demandante. El escrito debe contener una solicitud tendiente a la obtención de una respuesta o acuerdo que emita la autoridad a la que se dirige, quien debe, además, hacerlo del conocimiento del peticionario. Por consiguiente, este requisito no se satisfará cuando el escrito contenga una mera denuncia de hechos que no conerelice una petición o solicitud relacionada, en forma particular e individual, con el administrado. La misma situación ocurre cuando se trata de omisiones de una autoridad respecto de informes o datos que, en el orden interno, le sean solicitados por otra, con motivo de trámites que ante esta última realice el particular, puesto que la acción sólo será procedente, en su caso, respecto de la petición que se haya formulado a la autoridad requirente o bien para activar el trámite administrativo el propio particular deberá elevar una solicitud a la autoridad requerida y, de persistir en su reticencia, transcurridos los plazos aludidos, se encontrará en condiciones de deducir en su contra la acción relativa.

b) Como regla general, es menester que transcurra un término de quince días naturales, contados desde la fecha en que se haya presentado el escrito que contenga la solicitud, sin que la autoridad hubiere emitido y comunicado formalmente al particular la contestación respectiva.

Las variantes a dicha regla, son dos:

En los casos en que las leyes o reglamentos prevean un determinado plazo para que la autoridad conteste, es necesario que aquél transcurra; puede ser mayor o menor a los quince días, por lo que, para determinar la procedencia o improcedencia de la acción, se estará a las disposiciones legales aplicables en relación con el contenido de la petición.

Puede suceder, en otro aspecto, que la cuestión planteada en la petición sea de tal naturaleza que requiera, para ser resuelta de un término superior a quince días. En estos casos, para la procedencia de la acción bastará que haya transcurrido el plazo que se previene como regla general y será al momento de contestar la demanda cuando la autoridad manifieste, en su caso, la imposibilidad de contestar la petición en tal lapso aduciendo las razones que para ello tenga; quedará, por tanto, a criterio del juzgador evaluar la natura-

leza del asunto, mediante el examen de la petición y las razones invocadas por la autoridad, para determinar en la sentencia el plazo en el que se deba contestar. A este respecto, las Salas del Tribunal han sentado la Jurisprudencia identificada con el número 4, publicada en la *Gaceta Oficial* del Departamento del Distrito Federal correspondiente al día 15 de noviembre de 1972 que expresamente señala:

PLAZO PARA CONTESTAR ATENDIENDO A LA NATURALEZA DEL ASUNTO, LAS SALAS LO FIJARÁN. Cuando las autoridades deban llevar a cabo trabajos especiales para poder dar respuesta a las peticiones que por escrito les hayan formulado los particulares y así lo exija la naturaleza del asunto de que se trate, quedará a criterio de las Salas del Tribunal fijar a dichas autoridades el plazo prudente para contestar.

c) Que la petición se haya formulado ante cualquiera de las autoridades que conforman la administración pública local en los términos de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal, sin que obsten las atribuciones que algunas de ellas ejercitan en materia tributaria, como es el caso de las correspondientes a la Dirección General de Tesorería.

El aserto anterior se sustenta en que, la esencia de la acción de que se trata radica en tutelar el derecho de los gobernados a obtener, de las autoridades una contestación a las peticiones que les formulen; en consecuencia, no es efecto de la propia acción que se juzgue sobre el contenido de la petición, sino que se determine, únicamente, sobre la omisión que a través de ella se impugne.

Ahora bien, como la negativa ficta es típica en materia fiscal, se ha discutido que, en todos aquellos casos en que se demande la falta de contestación de una petición presentada ante la Tesorería del Distrito Federal, por tratarse eminentemente de una autoridad fiscal, el Tribunal es incompetente, pues la acción que se puede deducir no es la prevista por la fracción II del aludido artículo 21, ya que el Tribunal sólo puede juzgar de actos administrativos y en consecuencia se debe acudir a juicio ante el Tribunal Fiscal, con apoyo en el artículo 92 del Código Fiscal invocado. Tal criterio es erróneo, pues se confunden dos acciones absolutamente diferentes como se ha precisado y, por otra parte, si bien la Tesorería del Distrito Federal realiza en su mayoría atribuciones de índole tributaria, no por ello pierde su carácter

de autoridad administrativa local, ni es ajena a la potestad del tribunal en materia de falta de contestación. En efecto, en el juicio número 179/76, entre otros, se ha sostenido el siguiente criterio:

"Es incuestionable que la controversia sometida a la sustanciación y decisión de esta Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se ubica exactamente en las atribuciones competenciales que al respecto establece el artículo 21-II de la Ley de la Materia, precepto que en el numeral de referencia específica como área competencial la falta de contestación a las promociones presentadas por los particulares administrados ante las autoridades del Departamento del Distrito Federal, lo que evidentemente entraña la instrumentación para dar efectividad al derecho de petición in genere que asiste a los gobernados para que las autoridades den respuesta en breve término a las peticiones o instancias que les sean formuladas; en tal virtud, ese derecho público subjetivo que in genere protege la Ley de este Tribunal mediante la posibilidad de ejercitar acción en contra de la autoridad que incumpla tal derecho, es con independencia del contenido de la petición misma; y sería contrario al derecho procesal que se obligara al ocurrente a ejercitar acción bajo la figura jurídica de la negativa ficta".

Por cuanto a los efectos que se producen con el ejercicio de la acción, de resultar procedente, consisten en que la autoridad a quien se elevó la solicitud, independientemente de su contenido, dé una respuesta congruente dentro de un plazo determinado, que ésta sea clara y no evada su solución, sin que en la sentencia se determine el sentido en el que se debe producir la contestación. Estos efectos han sido comprendidos en la Jurisprudencia de Sala número 5, publicada en la *Gaceta Oficial* de lo. de febrero de 1973, conforme al siguiente texto:

PETICIONES DE LOS PARTICULARES, CUANDO SE CONSIDERAN SATISFECHAS. Las peticiones que formulen los particulares por escrito ante las autoridades administrativas, se considerarán satisfechas cuando éstas las contesten de acuerdo con los planteamientos que se contengan en ellas. La contestación que se dicte deberá definir o aclarar la situación planteada, sin eludir ni aplazar su solución.

Contra la respuesta desestimatoria, el particular tendrá acción para demandar su nulidad ante el Tribunal, si la ma-

teria que se resuelve es de su competencia; en los demás casos, el contenido de la contestación determinará cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de su impugnación.

Resalta, por último, como efecto de esta acción, y por ello su utilidad en congruencia con la funcionalidad del Tribunal, la cesación del estado de incertidumbre en que se sitúa a los particulares ante la omisión de las autoridades en dar una respuesta a las peticiones que les plantean.

**23. La suspensión del acto impugnado en el
Tribunal de lo contencioso administrativo del
Distrito Federal**

Armando Vázquez Galván

Agustín García Silva

LA SUSPENSIÓN DE LA RESOLUCIÓN O ACTO IMPUGNADO

SUMARIO

1. Naturaleza jurídica de la suspensión. 2. Requisitos procesales y sustanciales. 3. Los efectos de la suspensión. 4. Cumplimiento del auto que concede la medida cautelar. 5. Otorgamiento de garantías. Casos en que se exige. Procedimiento para hacerlas efectivas.

1. En los artículos 5 1al 55 de la Ley del Tribunal se regula la suspensión del acto o resolución impugnada. Su análisis revela, sin lugar a dudas, que dichos preceptos siguen los lineamientos que, sobre esta materia, predominan en el derecho positivo nacional. En efecto, sobre este particular, el tratadista Héctor Fix Zamudio¹ señala que los autores de la ley que creó al Tribunal tomaron en cuenta, evidentemente, la doctrina y legislación que existe sobre la suspensión por lo que concierne al juicio de amparo y al proceso tributario federal; sin embargo, agrega, la competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es más amplia que la del Tribunal Fiscal, por lo que la regulación de la medida suspensiva se aproxima aun más a la que consigna la Ley de Amparo. Resulta inequívoco que la Ley del Tribunal guarda notoria semejanza con el último ordenamiento citado, la cual se advierte en lo que se refiere a la solicitud de la propia medida cautelar y en la improce-

dencia de la suspensión, cuando se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público. También se adoptó un criterio similar en cuanto al otorgamiento de garantías y contragarantías, así como en lo que toca al procedimiento para hacerlas efectivas. Todas estas semejanzas se conforman en los seis artículos que integran el capítulo VI de la ley.

La función jurisdiccional no se realiza en forma instantánea, dado que el proceso requiere de un lapso más o menos largo para su desarrollo, por lo que existe el peligro de que cambie la situación de hecho y la resolución judicial se pronuncie cuando ya carezca de eficacia práctica; de ahí la necesidad de la suspensión como medio cautelar o precautorio, en virtud de la cual se garantiza la efectividad de la sentencia.

Las medidas precautorias o cautelares son las que puede decretar el juzgador, de manera provisional, rápida y flexible, para evitar perjuicio a las partes con motivo de la tramitación de un proceso, garantizando la eficacia de la sentencia de fondo y su ejecución. A falta de un proceso ideal que pudiera garantizar inmediatamente la efectividad del derecho sustantivo, se presenta una contraposición entre dos valores jurídicos: la celeridad y la justicia y, para lograr un equilibrio entre ambos factores, "resulta necesario compensar el peligro que significa el retardo de la prestación jurisdiccional, es decir, el llamado *periculum in mora*, y ello se logra exclusivamente a través de las providencias o medidas precautorias o cautelares".²

Por su parte, Alfonso Trueba apunta, acertadamente, que el Estado, en virtud de la función jurisdiccional, interviene para "actuar la voluntad de la Ley y hacerla prácticamente efectiva", pues el restablecimiento del derecho, mediante esta función, no se realiza inmediatamente, ya que "son necesarios un proceso y una decisión para declarar la certeza del derecho discutido y determinar, en consecuencia, la imposición de una conducta al obligado". Por lo tanto, "para evitar que el daño producido por la inobservancia del derecho resulte agravado por el inevitable retardo de la providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*), está preordenada la actividad cautelar cuyo objeto es anticipar provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva".³

De acuerdo con los autores citados, podemos señalar, como características de la suspensión, las siguientes:

- a) Está destinada a anticipar provisoriamente los efectos de la decisión final;
- b) Se basa en la hipótesis de una futura declaración judicial favorable al impugnante; y
- c) Es el instrumento idóneo destinado a conservar las condiciones de hecho —o a innovarlas, si es necesario—, para hacer eficaz la sentencia de fondo y su ejecución.

Consideramos que esos rasgos, típicos de la institución de que se trata, debieron adaptarse al proceso contencioso administrativo del Distrito Federal, y dotar a la suspensión del dinamismo que exige la eficaz protección que el Tribunal brinda a los derechos de los particulares, ya que los efectos, meramente conservativos, que le atribuye el artículo 52 de la ley, restringen la misión fundamental encomendada a este órgano jurisdiccional. Por ende, proponemos la estructuración legal del capítulo sexto de la ley, el cual debe instrumentar la suspensión atendiendo a los matices propios del proceso contencioso administrativo; para ello no deberá tratar de conservar ni mantener pertinazmente las posiciones tradicionales sobre la medida cautelar de que se habla, pues es innegable que el Tribunal está cimentado en nuevas perspectivas, encaminadas a lograr la viva palpación de uno de los más importantes mecanismos establecidos por un estado de derecho para la defensa de los gobernados. Este reajuste de las disposiciones legales vigentes repercutirá, principalmente, en lo que concierne a los efectos de la suspensión, de los que trataremos más adelante, pero, desde ahora, apuntamos que, de acuerdo con la doctrina procesal moderna, dichos efectos no deben ser meramente conservativos, sino que deben tener elasticidad innovadora o restitutoria.

Sostiene Ricardo Couto que, para conceder la suspensión, el juzgador debe formarse un juicio previo sobre las pretensiones deducidas en el juicio, valorando los perjuicios que pueda resentir el particular. Por consiguiente, propone que durante la tramitación del juicio, y como efecto de la suspensión, el afectado goce de los derechos que reclama, de tal manera que, cuando el acto haya sido ejecutado, la autoridad responsable haga que en cuanto fuere posible, las

cosas vuelvan a su estado anterior y, si se trata de actos prohibitivos o negativos, la misma autoridad no ponga obstáculos para que el particular pueda hacer lo que se le haya prohibido o negado.⁴

Apoya lo anterior el estudio específico que sobre la suspensión en el proceso contencioso administrativo llevó a cabo el tratadista Héctor Fix Zamudio, quien en una de sus conclusiones sostuvo: "También debe reconocerse la necesidad de realizar una apreciación preliminar de las pretensiones de las partes, diversa del examen de fondo de la controversia, con el objeto de poder resolver sobre la procedencia de la medida cautelar y sus efectos, los que deben señalarse discrecionalmente por el Tribunal, de acuerdo con los elementos de que se disponga y de aquellos que considere necesario allegarse el propio Tribunal".⁵

2. Los requisitos para conceder la suspensión están previstos en los artículos 51 y 52 de la ley. Su estudio, lógico y sistemático, exige aludir a ellos desde dos aspectos: el adjetivo o procesal y el sustancial o de fondo; este último comprenderá, además, la problemática de la suspensión, en cuanto a la naturaleza específica de ciertos actos en relación con los cuales se solicita la medida cautelar.

a) REQUISITOS PROCESALES O ADJETIVOS. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 51 precitado, son dos: el de competencia y el de oportunidad.

Es competencia del Presidente de la Sala que conozca del asunto determinar si concede o niega la suspensión de la resolución o acto administrativo impugnado.

Los actos administrativos son ejecutables una vez emitidos; por ello, la autoridad jurisdiccional interviene en auxilio del particular agraviado para impedir la ejecución. Algunos códigos extranjeros, entre los que destacan la ley española y el Código Contencioso Administrativo de Buenos Aires, adoptan una posición restrictiva, ya que sólo se concede la suspensión en casos de verdadera dificultad para reparar los daños que pudiera ocasionar la ejecución del acto. El ordenamiento argentino exige, por otra parte, que, para dictar la provisión suspensiva, es necesario que el órgano jurisdiccional conozca el expediente administrativo que sirve de antecedente a la acción ejercitada.

En cambio, la Ley del Tribunal no es restrictiva respecto

a la medida cautelar de que se trata, lo cual está en concordancia con sus nuevas perspectivas sobre impartición de justicia en materia administrativa. No obstante, carece de disposiciones que hagan factible que el Presidente de la Sala que conozca del asunto obtenga información sobre los antecedentes y existencia de la resolución o acto administrativo respecto de los cuales se solicita la suspensión. En efecto, no se prevé procedimiento alguno que pudiera dar respuesta a los siguientes cuestionamientos: ¿a través de qué elementos el Presidente de la Sala se cerciora de la existencia del acto que será materia de la suspensión? ¿cómo procede cuando se controvierten actos comunicados al enjuiciante en forma verbal?

En muchos casos se acompañan al escrito de demanda los documentos que acreditan la existencia del acto sobre el cual se pide la suspensión; en otros, tal requisito es satisfecho por los actores, a prevención de la Sala. En ambos supuestos se está en posibilidad de decidir con justeza. Pero también ha sucedido que, en términos de los escritos iniciatorios de la instancia, el particular agraviado manifiesta que el acto que impugna se le ha comunicado verbalmente, como sucede dentro de la realidad administrativa que presenta el Distrito Federal; la solicitud de la suspensión en estos casos, reviste peculiaridades que exigen la prudencia del juzgador, ya que puede prestarse a la formulación de instancias con fines frívolos.

Si bien se ha tomado debida conciencia de las omisiones apuntadas y se procede con la mayor equidad, es aconsejable que se adicione el capítulo VI del ordenamiento legal que rige al Tribunal, incorporando un procedimiento previo, dada la expeditéz del juicio, del que el juzgador pudiera valerse, en determinados casos, para conocer sobre la existencia y antecedentes del acto, y así decidir si concede o niega la suspensión. Héctor Fix Zamudio señala, acertadamente, que debe distinguirse la medida cautelar de urgencia en los casos en que es inminente la ejecución del acto o resolución impugnada, con notorios perjuicios para el actor, de aquella que fija la situación que debe prevalecer hasta la sentencia definitiva, para lo cual es necesario un procedimiento contradictorio en el que se reciban los informes de las autoridades y los elementos de convicción

de las partes, y también propone, para separar estas dos hipótesis, se reforme la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, "ya que actualmente y en todo caso, la medida cautelar se otorga de plano sin audiencia de las autoridades demandadas ni de los terceros interesados".⁴

En cuanto a la oportunidad para resolver sobre la suspensión, el propio artículo 51 señala que debe hacerse "en el mismo auto que admita la demanda". Dicho texto legal plantea la siguiente interrogante: ¿puede concederse la medida cautelar en distinto momento procesal al ya referido? Consideramos que sí. Este caso se presentaría cuando el actor no la solicite en su demanda, sino posteriormente, pero antes de que se dicte sentencia. Tal criterio obedece a la necesidad de conservar la materia del juicio y evitar daños irreparables al particular; pues sostener lo contrario implicaría la aplicación rígida y formalista de la disposición legal en comentario. En estos casos, aun cuando el expediente haya sido turnado al Magistrado Instructor, deberá ser el Presidente de la Sala quien provea sobre la suspensión.

También en el caso de que, en un principio se hubiere negado la suspensión, y sobrevengan causas supervenientes que la hagan procedente, debe concederse la medida cautelar, en el momento en que se la solicite. Este aserto se sustenta con base en la naturaleza y objeto de la suspensión, por lo que consideramos aplicable la Jurisprudencia número 213 que, a este respecto, ha sentado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el siguiente sentido: "Procede conceder, en cualquier estado del juicio, la suspensión que en un principio se hubiere negado, si para ello existieren causas supervenientes que sirvan de fundamento".⁵

b) REQUISITOS SUSTANCIALES O DE FONDO. Debe ser solicitada por el actor y que, con su otorgamiento, no se siga perjuicio a un evidente interés social, o se contravengan disposiciones de orden público.

Ya se ha dicho que la suspensión se puede conceder previa solicitud del actor; sin embargo, es importante señalar la conveniencia de incorporar a la Ley del Tribunal la posibilidad de concederla de oficio o mediante gestión oficiosa.

Se actualizaría el primer caso cuando el actor sea omiso en solicitarla y el Presidente de la Sala advierta la inmi-

nencia de la ejecución del acto o resolución impugnada, que, de realizarse, no sólo quedaría sin materia el juicio, sino que, además, se causarían daños irreparables al particular. Tal situación se concreta, por ejemplo, en el supuesto que contempla el artículo 227 del nuevo Reglamento de Tránsito. Dicho precepto dispone que, si la persona señalada como infractora a las disposiciones del citado Reglamento no pagare la multa que se le hubiere impuesto, no obstante el requerimiento que para ello le hiciera la Dirección General de Tesorería, ésta lo hará saber al Juez Calificador en cuya jurisdicción se encuentre el domicilio del gobernado, quien lo citará para formularle un nuevo requerimiento y, en caso de que no acuda o no pague, ordenará su presentación y permutará la multa y accesorios legales por un arresto hasta de 15 días. La suspensión, en este caso, comprendería fundamentalmente la detención del administrado.

La gestión oficiosa procedería cuando el particular se encontrara detenido a causa de un arresto administrativo por infracción a los reglamentos gubernativos o de policía. En estos casos, la demanda podría ser formulada por familiares o personas allegadas al afectado, de quien el Tribunal obtendría la ratificación del escrito en el lugar en el que se encontrara detenido y con las medidas de aseguramiento a criterio de quien proveyera, la suspensión surtiría efectos a fin de que aquél obtuviera su libertad de inmediato.

En cuanto al segundo de los requisitos enunciados, el artículo 52 no establece criterios para determinar cuando se está en presencia de los supuestos "evidente interés social" y "normas de orden público". Esto plantea una problemática conceptual y sería equivoco pretender establecer de antemano el significado formal de dichos conceptos. Estimamos que la valoración del alcance de dichos términos, para determinar si concede o niega la suspensión debe dejarse a criterio del juzgador. El fundamento de ambos radica en el principio general de que el interés de la comunidad está por encima del interés individual. Por lo tanto, el criterio de perjuicio a un evidente interés social, o la contravención a disposiciones de orden público, debe fundarse en la evaluación que haga el juzgador resultante del balance del perjuicio que pudiera sufrir el impugnante, respecto del derecho mismo que el acto vulnera, en relación al perjuicio

que podrían sufrir los fines del interés colectivo instrumentados en virtud del acto concreto que sea materia de la acción.

Además de contemplar la resolución o acto administrativo, conforme a los supuestos enunciados, es necesario también atender a la naturaleza específica del acto para el que se solicita la medida cautelar. Tanto la doctrina como la jurisprudencia clasifican los actos, para efectos de la suspensión, en: positivos, prohibitivos, negativos con efectos positivos, consumados, declarativos, de tracto sucesivo, futuros inminentes y futuros probables.

i) *Actos positivos.* Son aquellos en los que la actuación de la autoridad implica un hacer o ejecutar algo; respecto de ellos, es evidente la procedencia de la medida cautelar, no así cuando se trata de actos de carácter negativo, es decir que implican un no hacer o una abstención de la autoridad toda vez que carceraria de objeto la suspensión.

ii) *Actos prohibitivos.* A este respecto, con meridiana claridad, Ignacio Burgoa ha escrito sobre la diferencia entre actos negativos y actos prohibitivos; "los primeros implican una abstención, un no hacer, una negativa de la autoridad recaída a la petición o solicitud de una persona. Los segundos, por el contrario, no sólo no se traducen en una abstención, sino que equivalen a un verdadero hacer positivo, consistente en imponer determinadas obligaciones de no hacer o limitaciones a la actividad de los gobernados por parte de las autoridades".⁸ De ahí que la suspensión sea procedente tratándose de actos prohibitivos.

iii) *Actos negativos con efectos positivos.* Si el acto administrativo que se impugna no radica esencialmente en la abstención o el no hacer de parte de la autoridad, sino que como consecuencia del mismo puedan realizarse actos que impliquen un hacer o ejecutar algo, la suspensión es procedente para evitar que éstos se actualicen. Así, por ejemplo, si se impugna la falta de resolución a una solicitud de licencia de funcionamiento para un establecimiento comercial y la orden de clausura por falta de licencia, la suspensión será procedente para mantener las cosas en el estado en que se encuentren, ya que la conducta negativa de la autoridad no podría justificar una posible clausura que derivara de una conducta omisa de las autoridades que afecta el derecho

del particular enjuiciante para obtener una respuesta oportuna sobre la solicitud que les elevó.⁹

iv) *Actos consumados.* Tradicionalmente, se ha sostenido que la suspensión es improcedente contra actos consumados, o sea los que se han realizado integralmente consiguiendo así el objeto para el que fueron emitidos o ejecutados. El criterio que se ha sustentado sobre el particular, es que, de concederse la suspensión, ello equivaldría a darle efectos restitutorios, los cuales son propios de la sentencia definitiva.

Sin embargo, como ya se apuntó al tratar de los arrestos, consideramos que dada la tendencia del Tribunal, es conveniente adicionar el artículo 52 de la ley dándole una nueva dimensión social al concepto tradicional de suspensión, a fin de comprender aquellos actos y, en lo que a las clausuras se refiere, proteger al ciudadano de escasos recursos económicos que se vea afectado con la ejecución de un acto arbitrario que repercuta gravemente en su vital subsistencia, impidiéndole el ejercicio de la única actividad que garantice su sustento cotidiano y el de su familia.

v) *Actos declarativos.* La medida precautoria es procedente contra ellos en el supuesto de que estos actos lleven en sí mismos un principio de ejecución. Cuando no sean susceptibles de ejecutarse por sólo reconocer una situación preexistente, sin introducir a ella ninguna modificación o alteración, no es procedente la suspensión, ya que entonces carecería de materia.

Es pertinente hacer notar que, para la procedencia de la suspensión en los juicios de amparo directo que se promuevan contra las sentencias definitivas que dicten las Salas del Tribunal, por tener aquéllas un carácter declarativo y ser susceptibles de ejecución por la autoridad administrativa, se deben señalar como responsables las que tuvieron el carácter de demandadas en el juicio contencioso administrativo. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, ha sostenido al respecto la siguiente tesis jurisprudencial:

"AMPARO DIRECTO ADMINISTRATIVO. PUEDEN SEÑALARSE COMO RESPONSABLES LAS AUTORIDADES DEMANDADAS. En los amparos directos que se interpongan contra las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, o de sus salas, y contra las del Tribunal Fiscal de la Federación, si es legalmente posi-

ble tener por señaladas como autoridades responsables a las que tuvieron el carácter de demandadas en el juicio administrativo. Pues, a diferencia de los amparos directos civiles o laborales, dichas autoridades ejercen el poder público y pueden ejecutar con imperio los actos impugnados en el juicio contencioso administrativo, sin necesidad de que el Tribunal mencionado sea quien autorice y realice la ejecución forzosa. Así pues, la mejor manera de evitar que las autoridades demandadas ejecuten por sí los actos impugnados en el juicio administrativo, puede ser el solicitar la suspensión de tales actos en el juicio de amparo, puesto que la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (o del Tribunal Fiscal) ya se habría agotado con la sentencia dictada, lo que dejaría a las autoridades en posibilidad de ejecutar sus actos, y tal vez, de consumarlos irreparablemente, o al menos, haciendo difícil su reparación, con lo cual se burlarían los altos fines del juicio de amparo, tutelar de las garantías constitucionales. Pero para que tal suspensión proceda en amparo, es menester que puedan ser señaladas como responsables las autoridades que pueden ejecutar los actos, que serán las demandadas en el juicio administrativo, ya que el Tribunal mismo no será quien realice la ejecución de su sentencia, aunque ésta, aún siendo declarativa, será la condición legal indispensable que deberá llenarse para la ejecutabilidad de aquellos actos que se impugnaron ante ese Tribunal".¹⁰

vii) *Actos de tracto sucesivo.* Son aquéllos cuya realización no se consuma de manera instantánea, puesto que para la satisfacción integral de su objeto se requiere una sucesión de hechos entre los que media cierto intervalo. "Si la suspensión se solicita después de que se hayan ejecutado algunos de dichos actos teleológicamente unitarios, es a todas luces improcedente, por estar en presencia de actos consumados; por el contrario, si la suspensión se pide antes de que se ejecuten ciertos actos o hechos que deban realizarse para obtener el fin común, no obstante que ya hayan tenido lugar otros anteriores, la suspensión respecto de los primeros es perfectamente procedente, cuyos efectos consisten en evitar o impedir la continuación de la serie o sucesión".¹¹ A este particular, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito sostuvo, al resolver la revisión 204/73, que aun cuando estén consumados los efectos de los actos reclamados, si sus consecuencias se traducen en auto-

nizar u ordenar una conducta que puede o debe reiterarse o repetirse en el tiempo, es claro que la suspensión procede, sin que por ello se le den efectos restitutorios, respecto de los actos subsecuentes a la resolución que la decreta.

vii) *Actos futuros inminentes y probables.* La suspensión es procedente tratándose de actos futuros inminentes, e improcedente por lo que toca a los futuros probables. Es conveniente anotar que la inminencia del acto futuro debe apreciarse atendiendo a las circunstancias que denoten, precisamente en cada caso, que el acto está por suceder prontamente.

3. El artículo 52 de la ley, primer párrafo, atribuye efectos meramente conservativos a la suspensión del acto o resolución impugnada, pues dicho precepto dispone que la medida cautelar tendrá por efecto mantener las cosas en el estado en que se encuentren en tanto se pronuncia sentencia.

Existen situaciones respecto de las cuales los efectos conservativos que señala la ley son idóneos en cuanto a los actos que se suspenden y así se logra, en beneficio de los particulares administrados, el objeto de la medida. Podemos mencionar, entre otros casos, la suspensión del procedimiento de cobro de multas administrativas, órdenes de clausura y traslado de giros reglamentados mercantiles o industriales; situaciones en las que basta la paralización de la actividad administrativa ejecutora para lograr mantener la materia del juicio y asegurar la efectividad de la sentencia, a la vez que evitar perjuicios graves a los impugnantes. Sin embargo, existen situaciones en las que no hay tal idoneidad, pues la simple paralización de la resolución o acto administrativo impugnado no impide que éste siga produciendo efectos en perjuicio del particular y quede sin materia el juicio. Puede citarse, de acuerdo con los precedentes de las Salas, la orden que se emitió para impedir el acceso de camiones transportistas de materiales de construcción a una zona ubicada dentro de la jurisdicción de la Delegación de La Magdalena Contreras; la suspensión, con los efectos apuntados, no alcanzaría sus finalidades, pues, no obstante ser aquél un acto negativo con efectos positivos, de mantenerse las cosas en el estado en que se encuentran el acto impugnado seguiría causando perjuicio al demandante.

Es por esto que, atinadamente, Héctor Fix Zamudio, al

cual nos adherimos, propone que se incorpore a la ley una disposición, complementaria del artículo 52, facultando a los presidentes de las Salas para determinar modalidades a la medida precautoria, cuando sea necesario para conservar la materia del proceso y evitar daños irreparables a los administrados. "Tenemos la convicción —agrega— de que debe revisarse tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicionales en esta materia, e incluso también algunas disposiciones legislativas en vigor, ya que no resulta conveniente encerrar al Tribunal de lo Contencioso Administrativo en un círculo estrecho, que le impida fijar la situación en que habrán de quedar las cosas, y tomar las medidas pertinentes para conservar la materia del proceso hasta su terminación. En el Derecho procesal se está imponiendo, y así lo han consignado algunas legislaciones latinoamericanas recientes, la tendencia hacia la configuración del juzgador como el verdadero director del proceso, con amplias facultades que le permitan determinar, de manera flexible y adecuada a la naturaleza del proceso principal, las providencias precautorias necesarias para lograr la eficacia de la sentencia de fondo y de su ejecución, en su caso".¹²

4. La suspensión de la resolución o acto administrativo impugnado, una vez notificada, debe ser acatada de inmediato en los términos en que se hubiere concedido, para lo cual es preciso que, en el acuerdo respectivo, se señale el acto que se suspende y la forma en que habrá de mantenerse. Su cumplimiento obliga también a las autoridades que, sin haber sido señaladas como responsables, tengan intervención en la ejecución del acto reclamado.

Generalmente, las autoridades del Departamento del Distrito Federal han dado estricto cumplimiento a estas determinaciones. Sin embargo, cabe advertir que la ley no contiene disposiciones adecuadas para el caso en que las autoridades no acaten el auto en que se concedió la medida cautelar. En estos casos, las Salas utilizan los medios de apremio y medidas disciplinarias que previene el artículo 29, de manera general, como instrumentos legales para que el Tribunal haga cumplir sus determinaciones o imponga el orden.

De acuerdo con los precedentes de las Salas, cuando se tiene conocimiento de que la suspensión no fue cumplida,

bien porque así lo haga notar el actor o porque sea del conocimiento del Tribunal por cualquier otro medio, se continúa de inmediato a las autoridades responsables para que observen el mandamiento cautelar, sin perjuicio de solicitarles un informe y, a la vez, apercibirlos de la aplicación en su contra de los medios que previene el citado artículo 29, si persisten en su actitud.

Ante tales circunstancias, es aconsejable la incorporación de disposiciones específicas de las que pudiera valerse el Tribunal para el trámite de este tipo de quejas y para sancionar el incumplimiento de la suspensión que hubiere otorgado. Así, también, ante la insistencia de la autoridad en desobedecer el auto que concedió la medida cautelar, podría pensarse en la adopción de un sistema adecuado al contencioso administrativo, sustentado en lo previsto por la fracción XVI del artículo 107 de la Constitución General de la República.

5. Existen en la ley, en cuanto al otorgamiento de garantías, disposiciones específicas tratándose de multas administrativas y para los supuestos de que con la suspensión se puedan ocasionar daños y perjuicios a los terceros.

En cuanto a las multas administrativas, el artículo 52 bis dispone que, en estos casos, se suspenderá la ejecución si quien lo solicita garantiza el importe de la sanción ante la Tesorería del Distrito Federal, en alguna de las formas siguientes: depósito en efectivo, prenda o hipoteca, embargo de bienes o fianza de compañía autorizada o de persona que acredite su solvencia con bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad. En esta materia, en términos del último párrafo del artículo que se comenta, la regla es conceder la suspensión de inmediato, la que dejará de surtir efecto si la "garantía no se otorga dentro de los cinco días siguientes al en que quede notificado el auto que la hubiere concedido". A este particular, cabe hacer notar que, si la garantía no se otorga dentro de ese plazo, ello no significa, como lo ha sostenido la Suprema Corte: "que por el transcurso del término, pierda el quejoso el derecho a otorgar la garantía exigida, sino únicamente que la autoridad responsable, transcurrido ese plazo, tiene expedita su jurisdicción para la ejecución del acto reclamado; pero si la ejecución no se ha llevado a cabo, no existe obstáculo para que pueda otorgarse

la garantía, o llenarse los requisitos que se hubieran omitido con relación a aquélla".¹³

Si bien la ley del Tribunal únicamente alude a que se garantice el importe de la multa, la Dirección General de Tesorería exige, de acuerdo con lo previsto por el artículo 24 de la Ley de Hacienda local, que la garantía comprenda, además, un porcentaje por gastos de ejecución; prevención que es inadecuada para el caso de las multas administrativas, cuando su importe se asegure con fianza o depósito en efectivo, pues además de estar determinado su monto anticipadamente, la recaudación no requiere, en su caso, ningún gasto de ejecución.

Cuando la impugnación se instaure existiendo ya un procedimiento de ejecución en virtud del cual la Tesorería haya asegurado ante sí el importe de la sanción, es evidente que la suspensión debe concederse sin que sea necesario constituir diversa garantía. El aserto anterior se sustenta en la Jurisprudencia número 113 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia.¹⁴

El otorgamiento de garantías no será necesario cuando se trate de multas impuestas a los Ferrocarriles Nacionales de México y a las instituciones nacionales de seguros, conforme lo disponen los artículos 23 y 31 de las leyes que regulan a tales organismos, respectivamente.

Por otra parte, para el caso de que con la suspensión puedan ocasionarse daños o perjuicios a terceros, el artículo 53 previene que se concederá si el actor otorga garantía bastante para reparar el daño e indemnizar los perjuicios que con aquélla se causaren, si no obtiene sentencia favorable en el juicio. En tales supuestos, de acuerdo con el segundo párrafo de dicho numeral, la regla es que para que surta efectos la suspensión, el actor deberá otorgar ante la Sala la garantía que señale el Presidente de la misma, en alguna de las formas que menciona el artículo 52 bis. Asimismo, el precepto citado en principio dispone que el importe de la garantía se fijará discrecionalmente, cuando puedan afectarse derechos de tercero no estimables en dinero; si tales derechos fueren estimables económicamente, opera también la discrecionalidad al fijar los daños y perjuicios que determinarán el monto de la caución.

A este respecto, dada la naturaleza del juicio administra-

tivo y de acuerdo con los precedentes del Tribunal, en la generalidad de los casos no existen bases ciertas para cuantificar el monto de los daños que pudieran ocasionarse al tercero, por lo que la garantía se ha determinado con amplia discrecionalidad, en atención a la materia controvertida y al carácter de los particulares que intervengan. Para ilustrar lo anterior, adviértase la dificultad que existe cuando la resolución que se impugne consista en una orden de reparación de un edificio de departamentos o sobre el cambio respecto a la titularidad de un local dentro de un mercado público. En el primer caso ¿debe atenderse al costo de las reparaciones, al monto de las rentas dentro de un período determinado o a las obras que deben realizarse? En el segundo supuesto ¿se tomará en cuenta la clase del giro de que se trate, sus instalaciones, el capital invertido o las utilidades? Tales interrogantes constatan que, como se ha venido haciendo, en esta materia debe operar el arbitrio del juzgador.

Por otra parte, el artículo 54 establece que la suspensión otorgada en términos del artículo 53, quedará sin efecto si el tercero da, a su vez, caución bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, por no haberse suspendido el acto reclamado, en el caso de que obtenga sentencia favorable. La caución que ofrezca el tercero deberá cubrir, previamente, el costo de la que hubiese otorgado el actor.

La ley no prevé ninguna excepción por cuanto a la admisibilidad de la contragarantía; sin embargo, consideramos que, en razón de la naturaleza y objetivos de la medida cautelar, no es dable la aceptación de la contragarantía si, a consecuencia de ella, puede quedar sin materia el juicio.

Finalmente, el artículo 55 de la ley consigna el procedimiento para hacer efectivas las garantías otorgadas con motivo de la suspensión. Trátase, como ya se apuntó en otro capítulo de este trabajo, de un incidente. Procede a solicitud del interesado, formulada dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la sentencia, ante la Sala correspondiente, quien dará vista a las demás partes por un término de cinco días y citará a una audiencia de pruebas y alega-

tos, dentro de los cinco días siguientes, en la que dictará la sentencia que corresponda.

El mencionado artículo plantea el problema de determinar los alcances de la sentencia y el procedimiento para su ejecución. Hasta la fecha no existe ningún precedente en esta materia, por lo que la solución que a continuación se propone es meramente de carácter teórico.

La resolución al incidente debe comprender el análisis sobre la procedencia de la petición, así como la constatación de si efectivamente se causaron daños al reclamante con motivo de la medida cautelar; en cuyo caso dispondrá se haga efectiva la garantía otorgada.

Tratándose de fianzas expedidas por compañía autorizada se debe dar intervención a ésta en el incidente, acorde a lo dispuesto por el artículo 101 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas. Si bien el artículo 93 de dicho ordenamiento establece que, previamente a la reclamación judicial, el interesado deberá requerir de pago a la afianzadora, y que ésta dispondrá de un plazo de sesenta días hábiles para efectuarlo, en acatamiento a lo preceptuado por el artículo 11 del Código Civil del Distrito Federal, debe estarse a la regla de excepción a que alude la Ley del Tribunal. En cuanto al procedimiento para la ejecución de la sentencia, debe estarse a lo consignado en las fracciones V, inciso a), VII y VIII del artículo 94 de la invocada Ley de Instituciones de Fianzas.

En lo que se refiere a fianzas otorgadas por persona que haya acreditado su solvencia con bienes inscritos en el Registro Público de la Propiedad, deberá llamársele al incidente. Tanto en este caso, como cuando se tratare de prenda, hipoteca o embargo, la ejecución de la resolución del Tribunal se llevará a cabo conforme a las reglas previstas por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicado supletoriamente.

En relación con lo que se viene tratando, cabe advertir que el citado artículo 55 no contiene previsión alguna en lo que se refiere a la cancelación de garantías ante la inactividad procesal del reclamante, dentro del término previsto en dicho precepto, por lo que consideramos que la petición que en dicho sentido se haga por el otorgante de la garantía será procedente. Tal criterio deviene en razón de que la

disposición del precepto referido es terminante en cuanto al plazo para hacer valer ante el Tribunal el incidente, sin prever ninguna excepción; dicho incidente, además, tiene como objeto específico hacer efectivas las garantías otorgadas ante el Tribunal y en la cuantía que éste determinó, con motivo de la suspensión concedida, por lo que la operancia de aquéllas está vinculada a la jurisdicción del Tribunal; finalmente, es inadecuado que, a causa de la inactividad procesal del beneficiario de la garantía, el otorgante tenga que mantenerla vigente ante la posibilidad de que el afectado deduzca su reclamación ante los tribunales comunes.

Por último, si bien el artículo 55 de la Ley del Tribunal no alude a las garantías otorgadas con motivo de multas administrativas, debe señalarse que, por constituirse aquéllas ante la Dirección General de Tesorería del Distrito Federal, tratándose de fianzas expedidas por compañía autorizada el procedimiento de ejecución está previsto por el artículo 95 de la Ley de Instituciones de Fianzas. En cuanto conculnerne a las demás especies de garantías, también por lo que toca a multas, al estar determinado su monto ya de antemano y tener por objeto el aseguramiento del crédito ante la propia autoridad, ésta las hará efectivas ante sí conforme a las disposiciones de la Ley de Hacienda del Departamento.

Notas del Capítulo VI

¹ *La suspensión en el proceso contencioso administrativo del Distrito Federal*, ensayo publicado en la Revista No. 2 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del D. F., México, 1973, págs. 25-28.

² Fix Zamudio, Hector, ob. cit., págs. 19 y 20.

³ *La providencia cautelar en el derecho de amparo*, México, 1975, Ed. Jus., págs. 7, 8 y 9.

⁴ *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, México, 1973, Editorial Porrúa, S. A., Tercera edición, pág. 260.

⁵ Ob. cit., págs. 32-33.

⁶ Ob. cit., págs. 30-32.

⁷ *Compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*, correspondiente a los años de 1917-1975, Octava parte, pág. 349.

⁸ *El juicio de amparo*, México, 1968, Editorial Porrúa, S. A., págs. 677-681.

⁹ Cfr., *Compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, correspondiente a los años de 1917-1975, Sexta parte, Tesis 18, pág. 33.

¹⁰ *Compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, correspondiente a los años de 1917 a 1975, Sexta parte, pág. 23.

¹¹ Burgos, Ignacio, ob. cit., pág. 679.

¹² Ob. cit., págs. 28 a 30.

¹³ *Compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, correspondiente a los años de 1917 a 1975, Octava parte, tesis 218, pág. 344.

¹⁴ *Compilación de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, correspondiente a los años de 1917 a 1975, pág. 225.

24. Fisonomía del amparo en materia administrativa

Felipe Tena Ramírez

El solo título de esta plática — *La sistemática del amparo en materia administrativa* — hace pensar que el disertante admite, dentro de la institución general del juicio de amparo, la existencia de cierta clase de amparos, con materia y características especiales: los amparos en materia administrativa.

Y así es en efecto, señores. Dentro del estricto marco que el tiempo y la cortesía de ustedes me conceden, es mi propósito ubicar el amparo administrativo dentro de la teoría general del juicio de garantías.

Mas para esto no bastaría, a mi entender, con señalar el perfil actual del amparo administrativo, los trazos con que lo dibujan en estos momentos la jurisprudencia y la doctrina. Tal labor de mera compilación, de fijación momentánea de una silueta, me parece menos interesante que la tentativa de penetrar en la historia interna y dinámica de la institución, en su gestación, en su alambramiento, en el porvenir que su presente augura.

El amparo administrativo es una rama del juicio de garantías, pero es una rama cuya existencia —y con mayor razón su singularidad— han pasado inadvertidas para la ley y en buena parte para la doctrina. La especialización de una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, así como de los Juzgados de Distrito en materia administrativa del D. F., han permitido que se elabore alguna jurisprudencia en esta materia, paulatinamente, cautamente, acaso sin conciencia de sí misma, en todo caso sin relacionarla con la doctrina general del amparo.

Bajo el gran nombre del amparo, como a la sombra de una bandera convocante, militan las instituciones más disimiles y aun contradictorias. Invito a ustedes, señores, a intentar el esfuerzo de separar los conceptos, de clasificar los cometidos, de señalar semejanzas y diferencias, de poner orden, en suma, en la abigarrada proliferación que se cubre en común con nuestro próspero y popular vocablo, todo ello con el fin de aislar para nuestro particular estudio ese elemento llamado amparo administrativo.

Desde que nació el amparo hasta nuestros días, las constituciones, las leyes y la jurisprudencia le han venido encomendando nuevos y nuevos oficios, empujadas como por una tumultuosa manifestación popular, que aclama al amparo como el guardián del derecho en México.

Mucho se ha hablado del aumento continuo en el número de amparos y las cifras se traen a cuento para explicar las deficiencias en la administración de la justicia federal. Pero no sé que hasta ahora se haya hecho un recuento, no del número de expedientes, sino de las comisiones que se le han conferido al amparo. Esto último no interesa a la generalidad de la gente ni está a su alcance entenderlo; pero sí debe preocupar al jurista, pues si bien el auge de la institución habla muy alto en su favor y en apariencia la beneficia, sin embargo el excesivo rendimiento que se le exige puede llevarla con el tiempo al fracaso.

No me propongo abordar este último aspecto, que apenas apunto. La pluralidad de cometidos de nuestro juicio de garantías sólo debo tenerla en cuenta, en la presente ocasión, para localizar entre tales misiones la que corresponde al amparo administrativo.

Trataré de enumerar a continuación los principales cometidos que en su trayectoria secular ha tenido, hasta ahora,

la institución. Sin guía anterior y sin tiempo suficiente, es de suponer que en mi enumeración incurriré en omisiones, por las que pido disculpa y estoy pronto a repararlas.

El Acta de Reformas

Al aparecer el amparo en el año de 1847, el artículo 25 del Acta de Reformas lo organizó de la siguiente manera:

Encomendó su conocimiento a los tribunales federales, eludiendo en este punto la competencia de órganos políticos, señaladamente el que había instituido la Carta de 36.

La institución tendría por objeto amparar "a cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los Poderes legislativo y ejecutivo, ya de la federación, ya de los Estados".

La protección se concedía al *habitante*, en su calidad de persona y con independencia de la nacionalidad, la ciudadanía y la ideología. El amparo sigue conservando hasta ahora esta generosa tradición liberal, que pertenece a su esencia y que lo ha hecho idóneo, entre otras razones, para encomendarle en la esfera internacional, primero en la Conferencia de Bogotá y después en la de París, la defensa de los derechos humanos. Los regímenes de dictadura jamás podrán aceptar esta doctrina de dignidad, que inviste al ser humano, por el solo hecho de serlo, de ciertos derechos incoercibles frente al poder de las autoridades. El capítulo X de la Constitución soviética regula los derechos fundamentales, no de la persona, sino del

ciudadano, concepto éste último del que se excluye, no sólo a los extranjeros, sino también a los nacionales que, por no estar de acuerdo con la dictadura del proletariado, han quedado destituidos de los derechos políticos. He aquí una diferencia de principios entre nuestra institución liberal y la adoptada en otros campos.

Lo que protegía en el habitante el artículo 23 del Acta eran los derechos que le concedían la Constitución y las leyes constitucionales. En el Acta de Reformas no se enumeraban los derechos de la persona, pero en la Constitución de 24, de la que aquella era documento complementario, aparecían aunque dispersas algunas garantías individuales. Por otra parte, el artículo 5º del Acta establecía que para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce "una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República, y establecerá los medios de hacerlas efectivas".

En un intento de conciliar los arts. 25 y 5º, pienso que las garantías individuales consignadas ya en la Constitución de 24, así como las que en lo futuro deberían ser materia de una ley constitucional, quedarían unas y otras bajo el régimen del amparo que instituyó el primero de los dos preceptos citados, correspondiendo a la ley constitucional desarrollar el sistema de acuerdo con lo previsto por el segundo de tales mandamientos.

La protección se otorgaba por el art. 25 "contra todo ataque de los Poderes legislativo y ejecutivo, ya de la federación, ya de los Estados", lo que quería decir que la protección se erigía frente a todas las autoridades, excepto las judiciales. Los auténticos agravios a las garantías individuales no suelen provenir de las autoridades judiciales, restauradoras del derecho y desprovistas de fuerza material, sino del órgano legislativo y sobre todo de las im-

pulsivas y pertrechadas autoridades de la administración. Un verdadero atentado de autoridad judicial, posible aunque raro, tiene reparación expedita dentro de la propia organización judicial. Aprovecharse del amparo para combatir las seudoviolaciones de garantías individuales que se atribuyen a los jueces y que no son sino imputaciones de inexacta aplicación de las leyes, es lo que evitaba el art. 25 del Acta de Reformas al no incluir a las autoridades judiciales en el ámbito de protección del amparo.

El art. 25 terminaba con la fórmula que, conservada en la Constitución vigente, se identifica todavía con el nombre de su autor: los tribunales debían limitarse "a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare".

La relatividad de la sentencia de amparo, que consagró la fórmula de Otero al otorgarle eficacia únicamente en relación con el caso concreto, así como su conocimiento atribuido al órgano judicial federal, fueron dos elementos del amparo que sin duda se inspiraron en el sistema norteamericano, conocido a través de la obra de Tocqueville. Pero si cotejamos el famoso capítulo VI (1ª. parte del vol. I) de "La Democracia en América", dedicado al poder judicial en los Estados Unidos, con la realización del Acta de Reformas, registraremos algunas diferencias que conviene tener presentes.

Lo que el pensador francés hace en ese capítulo es exponer, aunque sin mencionar a su autor, la tesis que había hecho triunfar Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, tesis referida exclusivamente a la primacía de la Constitución sobre las leyes y a la obligación correlativa de los jueces de preferir la primera a las segundas, dejando de aplicar en los juicios la ley contraria a la Constitución. El voto de Marshall se pronunció en 1803: la

primera edición en francés de "La Democracia en América" es de 1835 y al año siguiente aparece la primera en español. No hay indicio de que el voto de Marshall hubiera sido conocido en México hacia mediados del siglo pasado, pero existen, en cambio, abundantes testimonios de que la obra de Tocqueville nos llegó apenas publicada, para producir entre los pensadores políticos de la época una sorprendente conexión. En el mes de junio de 1840, D. José Fernando Ramírez la invocaba como "una obra moderna, que hizo mucho ruido en Francia" y pocos meses después, en diciembre del mismo año, D. Manuel Crescencio Rejón la nombraba y se inspiraba en ella. En 56, D. Ponciano Arriaga habla de "la preciosa obra de la Democracia en la América del Norte" y el nombre de Tocqueville se menciona diez veces en el seno del Constituyente. En su voto particular, llamado a ser el Acta de Reformas, D. Mariano Otero no dice el nombre del autor francés, pero sintetiza fielmente sus ideas en las siguientes palabras: "Allí (en Estados Unidos) el juez tiene que sujetar sus fallos antes que todo a la Constitución; y de aquí resulta que cuando la encuentra en pugna con una ley secundaria, aplica aquélla y no ésta, de modo que sin hacerse superior a la ley ni ponerse en oposición contra el poder legislativo, ni derogar sus disposiciones, en cada caso particular en que ella debía herir, la hace impotente".

Las palabras que se acaban de transcribir, colocadas por su autor en la exposición motivada del proyecto del Acta de Reformas, hacían presumir que en el articulado del Acta se iba a consagrar el sistema anunciado, el cual no era otro sino el norteamericano conocido y admirado a través de las páginas de Tocqueville.

Pero no fue así. Por un cambio de frente, por una especie de transmutación para mí inexplicable, el Acta de

Reformas creó una institución jurídica distinta de la que tomaba por modelo.

En lugar de la defensa que de la Constitución hacía el modelo, el Acta erigía la protección de ciertos y concretos derechos de la persona frente a la autoridad, los cuales podían constar lo mismo en la Constitución que en una ley secundaria, o, llegado el caso, en un tratado internacional.

Por otra parte, en lugar de referirse a sólo las leyes, el Acta protegía los derechos de la persona contra cualquiera ofensa de los poderes legislativo y ejecutivo.

Pero donde el instrumento mexicano hubo de separarse substancialmente del que parecía tomar de paradigma, fue al encomendar a un juicio autónomo la defensa de tales derechos. Según el conocimiento que en esa época se tenía en México del sistema norteamericano, en este último la contienda sobre inconstitucionalidad de una ley surgía como cuestión eventual y accesorio, dentro de una controversia principal que no tenía por materia propia la de inconstitucionalidad; la consecuencia era la mera abstención del juez para aplicar la ley que estimaba inconstitucional. El Acta de Reformas, en cambio, creó un juicio independiente de todo otro juicio, con una acción principal que no era incidental ni filial de otra alguna, y eso precisamente porque el proceso que nacía no estaba destinado a proteger a la Constitución, ni siquiera al individuo dentro de la Constitución, sino al individuo en sus derechos particulares y concretos, que podían estar o no enumerados en el cuerpo de la ley suprema.

Se confiaba al conocimiento de ese juicio especial al poder judicial, no por la ocasión fortuita de que éste conociera de una contienda donde hiciera irrupción una ley inconstitucional, sino por la sencilla razón de que el amparo era un juicio. Y habían de ser los tribunales fe-

distintos y no los locales quienes conocieran del proceso, porque las garantías individuales, materia del mismo, eran federales, aunque no necesariamente de rango constitucional.

La parte final de la fórmula de Otero acentuaba ciertamente lo que nuestros pensadores habían aprendido en el texto de Tocqueville. Pero si en el derecho norteamericano no era necesario que se expresara sino sólo que se practicara la relatividad de la resolución judicial que apartaba la aplicación de una ley en un caso concreto, en el derecho de amparo que nació con el Acta de Reformas parecía inexcusable que se precisara con claridad —y en la claridad puso Otero cierto toque de elegancia— que la acción emprendida por el ofendido contra el ofensor sólo a aquél beneficiaba, y no a otros aunque hubiesen sido víctimas de idéntica ofensa.

Todo lo que había dicho Tocqueville respecto a la relatividad de la decisión de inconstitucionalidad, lo admitieron como suyo los nuestros. Pero a partir de ese común punto de arranque (que por lo demás no es sino el principio universal de que la sentencia sólo beneficia o perjudica a las partes) ¡con qué originalidad y con cuánta clarividencia levantó el Acta de Reformas, con sugerencias ajenas, obra propia! (Digo el Acta de Reformas y no Otero, porque aunque de él fue la fórmula final, compartió con otros la fecundación de la idea).

Si algo queda claro hasta aquí es que el amparo nació, no para proteger la Constitución sino las garantías individuales, estuviesen o no en la Constitución. Para confirmarlo basta con verificar que el Acta de Reformas no guardó silencio respecto a la defensa de la Constitución, un silencio que de haber existido pudiera interpretarse —con interpretación demasiado amplificativa— como que el legislador entendió que el amparo extendía su protec-

ción a todo el articulado de la ley máxima y no sólo a las garantías individuales.

Mas nada de eso ocurrió. Los arts. 22 a 24 del Acta de Reformas instituan un sistema de control de la Constitución de índole política y no judicial conforme al que, en síntesis, las leyes de los Estados podían ser declaradas inconstitucionales por el Congreso y las de éste por las legislaturas. La protección así organizada cubría contra toda clase de leyes a toda la Constitución, excepto aquellos de sus artículos que consignaran garantías individuales, pues la defensa de ellos correspondía al juicio de amparo, según el art. 25.

Me he asomado, acaso con morosa delectación, sobre la cuna del amparo, por que me importa esclarecer que el amparo nació no para preservar a la Constitución, sino como proceso judicial para discutir si actos específicos de los poderes legislativo o ejecutivo afectaban derechos del ser humano, reconocidos por la Constitución o por la ley.

Esto es lo primigenio, el venero más limpio y remoto del amparo. Lo que vino después, los afluentes que de diversos rumbos han llegado para acrecentar su caudal, es cosa que sólo a nosotros los juristas mexicanos nos importa discutir. Aquí han surgido, y seguirán brotando, los más contradictorios pareceres.

Pero aquel amparo niño, a cuyos primeros balbuceos hemos asistido, ese es el que importa dar a conocer al mundo, ahora que las Naciones Unidas quieren saber a fondo lo que significa la institución mexicana que sin conocerla suficientemente admitieron en París.

La realización mexicana del amparo, tan fértil y vasta entre nosotros, despierta temores en los juristas extranjeros, precisamente por su extraordinaria fecundidad. Una institución tan absorbente, en grado tal que habiendo comenzado modestamente como simple salvaguardia de

concretos derechos individuales ha sido capaz de apoderarse casi íntegramente de la vida jurídica del país, es una institución que debe inspirar recelos a los juristas extranjeros cuando piensan en la conveniencia de darle hospedaje dentro de su propio orden jurídico.

Al reunirse el año próximo los representantes de los países de América para discutir el amparo, según proyecto aprobado ya por las Naciones Unidas, me parece que la táctica nuestra debe estar orientada a demostrar, primero que el amparo del Acta de Reformas es el instrumento hasta ahora insuperado para proteger los derechos del hombre contra los atentados de la autoridad, y segundo que todas las funciones adicionales que entre nosotros se le han conferido a la institución son exclusivas de nuestra evolución jurídica, sin que necesariamente produzca su adopción análogos efectos en otros países.

Cuáles son esas funciones adicionales de que se ha dotado al amparo en el transcurso de su vida, es lo que vamos a ver en exposición esquemática.

La Constitución de 57

La Constitución de 57 acogió el amparo del Acta de Reformas, pero lo amplió en los siguientes aspectos:

1°—Las garantías individuales fueron objeto de una enumeración, que se incorporó a la ley suprema. De este modo el amparo, que las protegía, quedó íntegro y exclusivamente en el ámbito constitucional.

2°—La materia del amparo se extendió a la invasión de los poderes federales en los Estados, y viceversa. Por primera vez se le confirió al amparo una misión de control de la constitucionalidad, tendiente a preservar la forma federal de gobierno. Por más que el juicio seguía repu-

lado aun en este caso por la fórmula de Otero, la innovación abarcaba una zona distinta a la del Acta. El amparo entraba ya en la parte orgánica de la Constitución y aunque sin duda era escasa la porción que de ella preservaba, con sólo eso se admitía la aptitud del juicio de amparo para servir como defensor de la organización constitucional, independientemente de la que ya tenía como protector de las garantías individuales. Esta nueva función del amparo llenaba en parte el vacío que había dejado en la defensa de la ley suprema la supresión del control por órganos políticos, que en relación con el sistema del Acta había llevado a cabo el Constituyente de 56.

3°—El amparo se enderezaba contra todas las autoridades, inclusive las judiciales, ampliación esta última en relación con el Acta que iba a ser con el tiempo de señalada importancia en el destino del amparo.

4°—Como si se quisiera señalar que el sistema nacional del amparo era diverso al norteamericano que le sirvió de punto de partida, el art. 126 (ahora 133) transcribió en su segundo párrafo el precepto norteamericano que era la principal base de aquel sistema, al disponer: "Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados". El tiempo ha reconocido el acierto del Acta de Reformas al no adoptar este sistema, sino el de amparo, pues el art. 133, al igual que su predecesor, ha quedado en calidad de letra muerta, en ostensible contraste con la lozanía y exuberancia de los que regulan el amparo.

La Jurisprudencia, la Ley y la Doctrina

La posibilidad constitucional de enjuiciar a través del amparo los actos de las autoridades judiciales, requería que

se le diera a la facultad materia sobre la cual actuar.

En materia penal, la Constitución enumeraba varias garantías, especialmente el art. 20 que señalaba las del acusado en todo juicio criminal.

En materia civil las garantías eran escasas, tal vez sólo la dirigida contra la aplicación retroactiva de la ley y la relativa a la competencia. Pero los litigantes primero. la jurisprudencia después y por último la ley, apoyada en parte de la doctrina, descubrieron en el famoso adverbio "exactamente" del art. 14 la existencia de una amplia garantía, que resultaba infringida cuando la ley no se aplicaba exactamente por el juez.

Para atajar el desbordamiento del amparo que esta interpretación hacia previsible, la Ley de Amparo de 1869 declaró en su art. 8º la improcedencia del amparo en negocios judiciales. El precepto, que hubiera estado de acuerdo con el Acta de Reformas, resultaba notoriamente inconstitucional conforme a la Carta de 57, que sí admitía el amparo contra autoridades judiciales, y así fue abandonada su aplicación.

La jurisprudencia al principio y buena parte de la doctrina hicieron esfuerzos inútiles para ahogar la subversiva interpretación del art. 14. Mediante la adición de noviembre de 1908 al art. 102, la Constitución intervino en la regulación del amparo en materia civil; al mes siguiente, ajustándose al nuevo texto constitucional, el Código Federal de Procedimientos Civiles dedicó toda una sección al amparo contra los actos judiciales del orden civil, que se había convertido en la rama más importante del juicio de garantías. En el mismo Código se suprimió el recurso de casación, sustituido de hecho por esta clase de amparo.

Por la amplitud de la materia que abarcaba y por la consiguiente multiplicación de juicios, la dilatación de que

fue objeto el instituto del amparo al extenderlo a la materia civil ha sido hasta ahora la más grave de todas, la más discutida y la más alejada de los fines primarios de la institución.

El Control de la Constitucionalidad

Si el desbordamiento del amparo por la grieta del art. 14 mereció severa crítica de D. Emilio Rabasa, por otro lado el eminente constitucionalista consideró que la expansión del juicio debía orientarse hacia la parte orgánica de la Constitución, que el constituyente, salvo en lo que mira al sistema federal, había dejado sin defensa.

Para ese fin Rabasa empleó el mismo art. 14. "Toda invasión de un poder en las atribuciones de otro, —dijo— o bien toda acción de un poder fuera de los límites que la Constitución le impone (que es concepto más amplio) se produce en forma de ley inconstitucional o en acto atentatorio que no se funda en ley buena ni mala, y en uno y otro caso, implica la infracción del art. 14 al ponerse por obra". Por este camino consideraba Rabasa que se daba "la amplitud necesaria al juicio constitucional para hacerlo un medio tan general de defensa de la Constitución como lo es el norteamericano".

La interpretación tuvo éxito, y en nuestro tiempo, bajo la vigencia de la Constitución de 17, D. Manuel Herrera y Lasso ha fortalecido el pensamiento del maestro con auxilio del art. 16, que al consagrar como garantía del individuo la "causa legal del procedimiento" exige lo mismo la sumisión de la ley a la Constitución que el ajuste del acto concreto a la ley.

Del recorrido que acabamos de efectuar por el camino del amparo, podemos decir en resumen que las principales funciones o encomiendas que se le han conferido y que todavía conserva, son las siguientes:

- Protector de las garantías individuales.
- Protector del sistema federal.
- Protector de la legalidad.
- Protector de la constitucionalidad, en todo lo antes no protegido de la ley suprema.

Dentro de ese marco o sistema de defensas, vamos ahora a situar una última finalidad protectora del amparo: La que ha hecho de este juicio una defensa de los particulares frente a la administración.

Bajo la vigencia de nuestras dos últimas Constituciones, y hasta el año de 1936, no se admitió entre nosotros que la materia de lo contencioso-administrativo pudiera atribuirse a tribunales distintos de los judiciales.

Aun tratándose de los tribunales de esta última clase, se discutió largamente en su época si los de la federación tenían competencia, conforme a la primera fracción del art. 97 de la Constitución (ahora 104), para conocer de los juicios, llamados de oposición, que entablan los particulares contra la administración activa para obtener la declaración de invalidez de los actos administrativos impugnados como contrarios a la ley. Cuando algunas leyes admitieron en determinadas materias administrativas la procedencia del juicio de oposición y la jurisprudencia reconoció su constitucionalidad, cesó la controversia al respecto, pero de todas maneras quedó una amplia zona dentro de los actos de la administración no sometida en ninguna forma a lo contencioso-administrativo, bien por que los tribunales administrativos no existían por incons-

titucionales, bien por que los judiciales, aunque ya reconocidos como conciliables con la Constitución, no habían recibido competencia específica de las leyes de cada materia para conocer de juicios de oposición.

A fin de llenar el vacío, que abarcaba la mayor parte de los actos de la administración activa, se echó mano de inmediato del juicio de amparo. Aprovechándose de la función que ya había asumido de protector de la legalidad, no hubo inconveniente en dotarlo así mismo de la función homóloga de defensor del administrado frente a los actos de la administración, con lo que se definió el amparo en materia administrativa.

Se produjo entonces una deplorable confusión, que iba a influir en la inteligencia y tratamiento de esta clase de amparos. En lugar de admitir que el amparo sólo servía para sustituir al juicio de oposición en las ramas en que éste no se había implantado, se llegó a sostener la identidad de hecho del uno y del otro por su común finalidad de servir de medios de impugnación directa de los actos administrativos. De este modo se ignoraba la diferencia tan magistralmente precisada en la exposición de motivos de la Constitución de 57, entre el juicio ordinario del art. 97 y el juicio constitucional del art. 101.

Con el tiempo los juicios de oposición fueron desapareciendo de las leyes, pues su larga tramitación a través de las dos instancias ordinarias, más el amparo directo ante la Corte contra la sentencia definitiva del Tribunal Unitario de Circuito cuando era desfavorable al particular, mantenía inseguros por mucho tiempo los actos de la administración y solía extinguir prácticamente la materia del juicio. Al suprimirse el juicio de oposición en la actual Ley de la Propiedad Industrial, por iniciativa del entonces Secretario de la Economía Nacional, Lic. D. Francisco Javier Gaxiola Jr., quedó segada la principal

tencia entre partes; por eso el amparo contra el Tribunal Fiscal debería ser directo, como lo son el amparo laboral y el amparo civil promovidos contra una sentencia definitiva.

Para confirmar la anterior diferencia, fijémonos en que contra la sentencia del Tribunal Fiscal sólo procede el amparo si es el particular el perdedor, pues si lo es la autoridad, ella no cuenta a su favor sino con el recurso de revisión, que se tramita ante la Segunda Sala con las formas procesales del amparo. Este recurso de revisión es la segunda instancia del proceso de lo contencioso-administrativo, cuya primera instancia estuvo a cargo del Tribunal Fiscal. Ahora bien, al actuar la Segunda Sala de la Corte como tribunal de alzada con relación al Tribunal Fiscal, está cumpliendo en esta segunda instancia, y dentro de los límites de los agravios, las mismas funciones que en la primera instancia había desempeñado el Tribunal Fiscal: funciones que como hemos visto corresponden al auténtico proceso de lo contencioso-administrativo.

En resumen, y para no dejarnos engañar por apariencias procesales, distingamos así las competencias de la Sala Administrativa en esta materia: es tribunal de lo contencioso-administrativo, 1º cuando conoce en revisión de las sentencias del Tribunal Fiscal, y 2º cuando conoce en revisión de las sentencias de amparo de los jueces de Distrito pronunciadas contra actos de la administración activa. Pero no es tribunal de lo contencioso-administrativo, sino tribunal de amparo con funciones de control de legalidad, cuando conoce en revisión de las sentencias de amparo contra las pronunciadas por el Tribunal Fiscal.

Entre esas hipótesis, es verdad que el amparo contra los actos de la administración es formalmente un amparo. No obstante, lo que quiero esclarecer es que cuando se concede el juicio de garantías está asumiendo un cometido más

fuerza de esta clase de juicios. En la actualidad son muy raros, como lo revela el escasísimo número de amparos directos en materia administrativa, que son los promovidos contra las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Unitarios en los juicios ordinarios de impugnación de actos administrativos. Durante los últimos cinco años se fallaron en la Segunda Sala de la Suprema Corte los siguientes amparos directos: en 55, 2; en 56, 2; en 57, 1; en 58, 0, y en 59, 1, habiendo pasado pendientes de fallo al presente año, 4 amparos de esta clase.

Extinguidos los juicios de oposición, el de amparo soportó todo el peso de lo contencioso-administrativo. Ante tal situación, cada vez más agravada técnica y estadísticamente, fue cuando se creó, en 1936, el Tribunal Fiscal de la Federación, órgano de justicia delegada, con jurisdicción típicamente contencioso-administrativa.

El amparo se descargó así, aunque nada más en materia fiscal, de la función sustitutiva que antes señalamos. Sobre esto hay que aclarar los conceptos. Es verdad que contra la sentencia del Tribunal Fiscal procede el amparo a solicitud del particular agraviado, pero debe tenerse en cuenta que conforme a la doctrina, ese amparo contra una sentencia del Tribunal Fiscal es distinto del amparo que se endereza contra un acto de la administración activa.

En este último caso, el amparo, si es prácticamente un proceso sustitutivo del contencioso-administrativo, porque en contacto directo con el acto de la administración activa, desempeña respecto de éste el mismo papel que en la legislación y en la doctrina le corresponde al contencioso-administrativo de anulación. En cambio, cuando el amparo administrativo se dirige contra una sentencia del Tribunal Fiscal, su función es la misma del amparo civil, o sea de mero control de la legalidad, que se supone quebrantada por un órgano jurisdiccional al emitir una sen-

de los varios que ya se le habían conferido, en este caso el de proceso de lo contencioso-administrativo.

Señalar los principales inconvenientes de esta última encomienda de que se ha dotado a la institución, es lo que me propongo hacer en seguida, así sea apresuradamente. Acepto como hecho consumado, cuya discusión no puede ser tema de esta plática, el control de legalidad que ejerce el amparo cuando con él se impugnan las sentencias del Tribunal Fiscal. Admito también, en virtud de que no existe por ahora otra solución de carácter constitucional, el recurso ante la Corte contra las mismas sentencias, cuya constitucionalidad encuentra su fundamento en la reforma de 1946 a la fracción I del art. 104 de la Constitución. Pero lo que rechazo con plena convicción es la conveniencia de que el amparo siga sirviendo para enjuiciar, de modo directo e inmediato, los actos de la administración activa.

La Ley de Justicia Fiscal de 36, antecedente del Código Fiscal ahora en vigor, señalaba en su exposición de motivos algunos de tales inconvenientes, a fin de fundar la necesidad de establecer el contencioso-administrativo en la materia tributaria. Decía así el párrafo relativo: "Es indiscutible que resulta más lógico y conveniente para todos, no sólo para el Fisco sino para los causantes mismos, que la liquidación y el cobro de los impuestos y demás prestaciones fiscales, no se lleve a cabo dentro de la desordenada legislación en vigor, que presenta interferencias, carencias de todo apovo jurídico o de utilidad práctica, entre las autoridades judiciales y las autoridades administrativas; sino al amparo de un sistema lógico y congruente en el que, sin que se olviden las garantías que el particular necesita, haya un conjunto de principios que ordenen y regulen la liquidación y el cobro de tales prestaciones a través de los dos periodos que la doctrina reconoce: el

periodo oficioso y el periodo contencioso, que es el que tendrá a su cargo el Tribunal".

Los males que entonces se señalaron, y que en efecto fueron notablemente atenuados merced a la creación del Tribunal Fiscal, empeoran y se multiplican cuando se consideran los aspectos de la administración diversos del fiscal.

La ausencia de normas fundamentales en la Constitución, que orienten y justifiquen la intervención cada vez más creciente del Estado en las relaciones individuales y sociales; la actividad increíblemente pasmosa y anárquica de las disposiciones de carácter general relacionadas con la materia administrativa; la malicia que por desgracia se descubre con frecuencia en la conducta recíproca de autoridades y gobernados; todo eso y mucho más ha hecho en México de la normación y de la actividad administrativas, una masa informe, desmesurada, con profundos vicios tanto desde el punto de vista de la técnica cuanto de la ética.

Para hacer frente a ese hacinamiento de normas y de actos, no contamos en México sino con el amparo de estricto derecho, según es el amparo en materia administrativa. No voy a censurar la existencia del amparo de estricto derecho, como lo he hecho en otras ocasiones, sino sólo expreso que, admitiendo su existencia ya perdurable, lo considero como el instrumento menos apto que se pudo elegir para controlar mediante formas procesales la actividad desbordante y sin norte de la administración pública.

A la anarquía con que opera la una corresponde la falta de unidad del otro. Porque el amparo de estricto derecho es eso un juicio sin unidad orgánica, ya que cada caso ha de resolverse según el planteamiento que le ha dado el quejoso. Con un instrumento así, exponente de

más puro casuismo, no es posible construir jurisprudencia que se imponga por sí sola y que al trazar direcciones generales, llegue a imprimir cierta unidad en el desconcierto y confusión de la materia sometida a su control.

Podría hacerse una exposición sistemática de las deficiencias y fallas concretas que ese vicio original ha producido en el amparo administrativo, las cuales son propias y exclusivas de este amparo y que redundan en perjuicio, no sólo del particular, sino también y acaso principalmente de la autoridad. Pero ni el tiempo de que dispuse para elaborar aceleradamente esta exposición ni el que ahora me concede la cortesía de ustedes, señores, me autorizan para entrar en tales pormenores, tan interesantes cuanto desconocidos.

No quiero sino apuntar una modesta solución al serio problema que se plantea a la vida jurídica nacional, una solución que, aunque práctica, no descuida la doctrina del amparo ni las rutas frecuentadas por el mismo.

Si ya no se discute la constitucionalidad del proceso administrativo encomendado a órganos jurisdiccionales autónomos, independientes a la vez de la administración activa y del poder judicial, y si ese sistema ha dado resultados favorables al aplicarse en el caso del Tribunal Fiscal, cabe preguntarse por qué no se aplica a toda la materia administrativa y no sólo a la tributaria.

La respuesta de por qué no se ha hecho eso en México, no está a mi alcance. Hace aproximadamente cinco años, la Secretaría de Hacienda elaboró un proyecto de ley orgánica para un tribunal que conociera de la restante materia administrativa, con las mismas características del Tribunal Fiscal de la Federación. Ese proyecto, que puedo mencionar por haber tenido en él cierta participación consultiva mi admirado amigo y compañero en la Corte D. Mariano Azuela y el que esto dice, fue un proyecto

que quedó en calidad de tal, no obstante el patrocinio y la inspiración del entonces Secretario del ramo, el eminente especialista en derecho administrativo D. Antonio Carrillo Flores.

Para mí, por ese camino se llegaría a una solución inmediata y acaso empírica, aunque prescindamos por el momento de las grandes teorías del amparo, cuya discusión está bien en la cátedra y en los libros, pero que llevada al momento psicológico de hacer la ley, suele ahogar todo conato de solución práctica.

Sobreviviría el juicio de amparo, indudablemente, pero en ejercicio de una de sus funciones desde antes ganadas en su carrera, la de protector de la legalidad, cumplida dentro del amparo administrativo, frente a la sentencia pronunciada por un tribunal de lo contencioso-administrativo en relación con un acto de la administración activa y como culminación de un procedimiento donde se observaran las formalidades propias de la jurisdicción. El amparo serviría en este caso, no para juzgar del acto administrativo, sino de la actuación jurisdiccional que juzgó de ese acto dentro de un proceso, tal como ahora acontece respecto de las sentencias del Tribunal Fiscal.

Aquí debo, propiamente no concluir, sino cortar lo que de continuarse demandaría capacidad y paciencia de las que no dispongo.

Hemos acompañado al amparo en su camino, más que de piedra en piedra de cima en cima. Y en esa trayectoria hemos procurado ubicar, dentro de la general estirpe, lo que va se conoce con el nombre de amparo en materia administrativa.

El crecimiento desproporcionado de la institución na-

cional, eso que podría llamarse la elefantiasis del amparo, es fenómeno que puede ser abordado con planteamientos y soluciones disímiles. Uno solo de los variados aspectos que ofrece el problema, es el que hemos considerado en esta ocasión.

Cualquiera que sea el criterio que se adopte, cualquiera que sea el destino del amparo, es lo cierto que para nosotros los juristas de México debe ser motivo de admirativa contemplación el denuedo heroico con que el juicio de amparo se presenta siempre en cada brecha, en cada sitio donde amaga un peligro al orden jurídico nacional.

Jamás ha negado sus servicios. Y sólo una vez, en materia agraria, no por desempleo ni por jubilación, sino por recelo de su insobornable lealtad, la Constitución dio de baja al gran soldado de la Constitución.

Para la generación a la pertenezco, quedará al final, por encima de todas las críticas de carácter técnico, su admiración por las hidalgas aventuras del amparo.

Ha sabido jugarse todo en cada carta, con la imperturbable elegancia del jugador de raza. Y más allá del filo de toda definición a manera de rubio y animoso vino deja derramar su espuma.

Si algo ha de quedar de despedida en la linde de mis palabras, sea mi voto para que, aplicando a nuestra entrañable institución lo que dijo el clásico español, "se reduzca a unidad la muchedumbre de sus diferencias, y quedando no mezcladas, se mezclen, y permaneciendo muchas, no lo sean, y para que extendiéndose, y desplegándose delante los ojos la variedad y diversidad, venza y reine y ponga su silla la unidad sobre todo".

Sean esas castellanísimas palabras de fray Luis de León, alivio y descanso de las mias.

BIBLIOGRAFÍA

1. Armienta Calderón, Gonzalo. *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, Textos Universitarios, 1977.
2. Asociación Argentina de derecho administrativo. *El contencioso administrativo y la responsabilidad del Estado*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 1988, 117pp.
3. Brewer-Carias, Allan R. *Principios del procedimiento administrativo*. Madrid, Civitas, 1990, 199pp.
4. Briseño Sierra, Humberto. *El proceso administrativo en Iberoamérica*. México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, 380 pp. (Serie B. Estudios comparativos.b) Estudios especiales Núm. 8).
5. Carrillo Flores, Antonio. *La Justicia federal y la administración pública*. Segunda edición. México, Editorial Porrúa, 1973, 372pp.
6. Dromi, Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá, Temis, 1980, 119pp.
7. Fix Zamudio, Héctor. *Introducción a la justicias administrativa en el ordenamiento mexicano*. México. El Colegio Nacional, 1983, 152 pp.
8. García de Enterría, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*. Madrid, Editorial Civitas, 1989, 194 pp. (Monografías CIVITAS).
9. González Pérez, Jesús. *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*. Bogotá, Editorial Temis, 1985, 454 pp.
10. Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. *El pensamiento jurídico de México en el Derecho Constitucional*. México, Librería de Manuel Porrúa, 1961, 230 pp. (Biblioteca Mexicana 28).
11. Ortiz Reyes, Gabriel. *El control y la disciplina en la administración pública federal*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988, 154 pp. (Sección de Obras de Administración Pública).
12. Varios autores. *Estudios jurídicos en honor de Raúl F. Cárdenas*. México, Editorial Porrúa, 1983, 532 pp.
13. Varios autores. *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano*. México, Editorial Porrúa, 1987, 927 pp.
14. Vázquez Galván, Armando y Agustín García Silva. *El tribunal de lo Contencioso Administrativo en el Distrito Federal*, México, Ediciones Orto, 1977, 246 pp.

Revistas

Revista del Tribunal Fiscal de la Federación. *Ensayos de Derecho Administrativo y tributario para conmemorar el XXV Aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*. México, Número extraordinario de 1965.

-Diario Oficial de la Federación (Estados Unidos Mexicanos).

Boletín Oficial del Estado (España).

Derecho Procesal Administrativo

Se termino de imprimir
en el mes de noviembre de 1999
en los talleres de la
Sección de Impresión y Reproducción
de la Universidad Autónoma Metropolitana,
Unidad Azcapotzalco.
Se imprimieron 100 ejemplares
más sobrantes para reposición



0092101 04451



11.00 - \$ 11.00

División de Ciencias Sociales y Humanidades
Departamento de Derecho

Coordinación de Extensión Universitaria
Sección de Producción y Distribución Editoriales